

Université de Sherbrooke

Faculté de droit

Programme de maîtrise en droit de la santé

LE DÉFI DU VIH EN ASSURANCE-VIE

par

FRANCE RIVARD

Essai soumis à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de "Maître en droit"

Le 7 avril 1998

© France Rivard

Je tiens à remercier Mme Suzanne Phillips Nootens, ma directrice et superviseuse de l'essai de la maîtrise en droit que je présente. Son aide dans la structure des idées exprimées mérite d'être soulignée. Je lui suis reconnaissante également pour le temps, l'aide et l'attention qu'elle m' a accordés.

Je remercie également le professeur Jean-Guy Bergeron pour la lecture préliminaire qu'il a faite de cet essai et ses commentaires apportés.

Merci.

C'est avec une vive émotion que je veux témoigner toute ma reconnaissance à mon conjoint qui m'a toujours soutenue et encouragée tout au long de la rédaction de cet essai. Pour sa présence et sa confiance, je le remercie.

Également, à mon petit garçon qui m'a donné l'élan pour achever ce travail de longue haleine.

Enfin, je remercie mes proches pour leur intérêt marqué vis-à-vis de cet essai.

À tous ceux qui ont été là, un grand MERCI.

France Rivard,
Trois-Rivières, le 7 avril 1998.

L'essai est à jour au 1er mars 1998.


France Rivard

LE DÉFI DU VIH EN ASSURANCE-VIE

Le VIH est une affection qui fait l'objet de l'attention de tous les milieux dont celui de l'assurance. La problématique du VIH en assurance-vie présente le défi de concilier les impératifs économiques des compagnies d'assurance et les droits fondamentaux de l'assuré.

Cet essai se divise en trois parties. En première partie, nous discutons de l'intérêt de l'assureur dans l'évaluation du risque, particulièrement des questionnaires du contrat d'assurance et des tests de dépistage exigés par ce dernier. En seconde partie, sont traités le droit à l'inviolabilité de la personne, les droits à la vie privée et à la confidentialité, le droit à la non-discrimination et le droit à l'accès de l'assuré aux dossiers le concernant. La troisième partie se veut une réconciliation entre les buts économiques de l'assureur dans la sélection des risques et les droits fondamentaux de l'assuré. Nous suggérons l'élaboration d'une démarche plus adéquate de sélection des risques, ainsi que la possibilité, pour l'assuré, de choisir, le professionnel de la santé ou le médecin pour effectuer les tests de dépistage ou l'examen médical requis.

THE CHALLENGE OF THE HIV IN LIFE INSURANCE

The HIV is a disease that focuses the attention of all circles of society and evidently, the one of insurance. In life insurance the HIV presents the challenge of conciliating the economic goals of the insurance companies and the fundamental rights of the insured.

This essay is divided in three parts. The first part deals with the insurer's interest in the evaluation of risks, especially concerning questions about the insurance contract and HIV testings required by the latter. The second part deals with the right of the inviolability of the person, the rights to private life and the confidentiality, the right to non-discrimination and the right of access for the insured to his own file. The third part favors a compromise between the insurer's economic goals in the choice of risks and the fundamental rights of the insured. We suggest the elaboration of a more adequate approach concerning the choice of risks and also the possibility, for the insured, to choose his own Health Professional or doctor to perform HIV tests or medical exam required.

LE DÉFI DU VIH EN ASSURANCE-VIE

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
 <u>PARTIE I : L'INTÉRÊT DE L'ASSUREUR : L'ÉVALUATION DU RISQUE ASSURABLE</u>	 4
 I.1. CERTAINES CONSIDÉRATIONS D'ORDRE LÉGAL ET MÉDICAL	 4
 I.1.1. QUELQUES NOTIONS DE DROIT DES ASSURANCES	 5
a) Les principales caractéristiques du contrat d'assurance	5
1. Un contrat consensuel	6
2. Un contrat d'adhésion	6
3. Un contrat de droit privé	7
b) Les principes de base de l'assurance	9
1. La mutualité	11
2. Les lois de la statistique	13
3. Le risque	18
 I.1.2. QUELQUES INFORMATIONS MÉDICALES CONCERNANT LE VIH-SIDA	 18
a) Un bref rappel de l'affection du VIH	18
b) Le dépistage du VIH	20

I.2. LA DÉTECTION DU RISQUE LIÉ AU VIH.....	22
I.2.1. LES QUESTIONNAIRES DU CONTRAT D'ASSURANCE DE PERSONNES.....	24
a) Le contenu et l'étendue de l'obligation de déclarer de la part de l'assuré.....	25
b) Les types de questions posées par rapport aux facteurs de risque.....	31
1. L'état de santé et histoire médicale de l'assuré.....	32
i) Les questions sur la séropositivité.....	33
ii) Les questions sur les résultats des tests de sang antérieurs.....	34
iii) Les symptômes précurseurs reliés à l'infection au VIH.....	36
2. L'orientation sexuelle, la race et l'origine ethnique de l'assuré.....	37
3. Les comportements à risque et les antécédents sexuels de l'assuré.....	39
I.2.2. LES TESTS DE DÉPISTAGE EXIGÉS PAR L'ASSUREUR.....	41
a) Les types de tests de dépistage, leurs buts et coûts selon le montant souscrit et les réponses fournies au questionnaire.....	42
b) L'exactitude et la fiabilité des tests utilisés.....	43
c) Le déroulement technique des tests, analyse et divulcation des résultats.....	46

I.2.3. LES DÉMARCHES D'ENQUÊTES : La cueillette, la détention, l'utilisation et la communication des renseignements personnels par l'assureur.....	52
a) Généralités.....	54
b) La cueillette des renseignements personnels : l'ouverture du dossier de l'assuré.....	56
c) Les enquêtes de l'assureur auprès de tiers.....	58
d) La détention, l'utilisation et la communication des renseignements personnels par l'assureur.....	62

PARTIE II : LES DROITS DE L'ASSURÉ ET LEUR PROTECTION..... 65

II.1 LES DROITS À L'INVOLABILITÉ DE LA PERSONNE..... 65

II.1.1. LE DROIT DE L'ASSURÉ À L'INFORMATION SUR LES TESTS DE DÉPISTAGE DU VIH..... 66

a) Le fondement de l'obligation d'information du professionnel de la santé.....	66
b) L'obtention du consentement de l'assuré.....	69
1. Le consentement libre.....	70
2. Le consentement éclairé.....	71
3. Le consentement donné à des fins spécifiques.....	73

II.1.2. LA COMMUNICATION DES RÉSULTATS À L'ASSURÉ ET LE SUIVI..... 76

II.2. LE DROIT À LA VIE PRIVÉE ET À LA CONFIDENTIALITÉ DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS.....	79
II.2.1. LE CONSENTEMENT DE L'ASSURÉ À LA CUEILLETE DE RENSEIGNEMENTS AUPRÈS DE TIERS.....	80
a) La formule d'autorisation à la cueillette de renseignements auprès de tiers.....	82
b) La portée du consentement de l'assuré analysée à la lumière de la jurisprudence et de la législation existantes.....	83
c) La sanction de l'absence d'un consentement conforme à la <i>Loi</i>	89
II.2.2. LES RECOURS DE L'ASSURÉ EN CAS DE MANQUEMENT AUX OBLIGATIONS DE L'ASSUREUR.....	91
II.3. LE DROIT À LA NON- DISCRIMINATION.....	94
II.4. LE DROIT D'ACCÈS DE L'ASSURÉ AUX DOSSIERS LE CONCERNANT.....	97
II.4.1. L'accès favorisé par la <i>Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé</i>.....	98
II.4.2. Les motifs invoqués par l'assureur pour refuser l'accès aux renseignements de santé.....	101
II.4.3. La suppression, la correction et le commentaire de renseignements.....	107

<u>PARTIE III : UNE TENTATIVE DE RÉCONCILIATION ENTRE LES BUTS ÉCONOMIQUES DE LA SÉLECTION DES RISQUES ET LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ASSURÉ</u>	109
III.1 L'ÉLABORATION D'UNE DÉMARCHE ADÉQUATE DE SÉLECTION DES RISQUES	109
III.1.1. L'élaboration d'un questionnaire adéquat	110
a) Les types de questions.....	110
b) Le modèle proposé par des auteurs de la Belgique et de la Hollande.....	113
III.1.2. L'obtention d'un consentement éclairé et donné à des fins spécifiques quant aux tests de dépistage	116
a) La formation du personnel travaillant pour l'assureur.....	117
b) Un formulaire écrit plus spécifique et mieux adapté.....	118
III.1.3. La divulgation des résultats à l'assuré	120
III.1.4. La cueillette, la détention, l'utilisation et la communication des renseignements personnels par l'assureur	123
a) Les renseignements recueillis auprès de tiers.....	124
b) Une formule d'autorisation permettant à l'assureur l'obtention de renseignements personnels et médicaux sur l'assuré.....	125

III.2. LA POSSIBILITÉ DE CHOISIR LE PROFESSIONNEL DE LA SANTÉ OU SON MÉDECIN TRAITANT POUR EFFECTUER LES TESTS DE DÉPISTAGE OU L'EXAMEN MÉDICAL REQUIS...	128
III.2.1. L'examen des bases juridiques du droit pour l'assuré de choisir son professionnel de la santé.....	129
III.2.2. La légitimité de choisir le médecin qui effectuera l'examen médical.....	138
a) La justification des procédés en rapport avec le but poursuivi par l'assureur.....	139
b) Les considérations individuelles et sociales.....	143
1. La protection de la vie privée de l'assuré.....	143
2. Le "counseling" : partie intégrante de l'obligation d'information de l'assureur exigeant un examen médical ou des tests de dépistage.....	144
Conclusion	147
Bibliographie	

INTRODUCTION

Depuis déjà quelques années, le virus de l'immuno-déficience humaine et le syndrome de l'immuno-déficience acquise, mieux connus sous les acronymes VIH et SIDA, ont attiré l'attention de tous les milieux. Le domaine de l'assurance s'est montré particulièrement intéressé aux changements et bouleversements qu'entraîne ce syndrome, surtout au point de vue financier. Les compagnies d'assurance de personnes se sont préoccupées de l'impact économique en essayant de se prémunir contre les risques que représentent les assurés qui seraient potentiellement atteints de ce mal. Elles adoptent donc un processus de sélection des risques visant spécifiquement à dépister les personnes porteuses.

Notre étude concerne l'assurance de personnes, spécifiquement l'assurance-vie et le VIH vu dans le contexte de l'évaluation du risque assurable ; elle ne touche pas aux questions relatives à la discrimination possiblement effectuée par les compagnies d'assurance rejetant la proposition d'une personne porteuse du VIH.

La problématique du VIH en assurance-vie présente tout un défi, celui de concilier les intérêts financiers des assureurs d'une part, et les droits de l'assuré d'autre part. Elle constitue le schéma de l'exposé qui suit, qui comprend trois grandes parties.

La première traite de l'intérêt de l'assureur dans l'évaluation du risque assurable. Nous présentons brièvement certaines considérations légales et médicales; par la suite, nous exposons le processus de détection du risque, soit l'utilisation du questionnaire du contrat d'assurance-vie,

l'exigence des tests de dépistage et l'encadrement des démarches d'enquêtes des assureurs. À ce sujet, nous voyons que le législateur québécois tente d'encadrer les pratiques des assureurs-vie en leur imposant de nouvelles obligations juridiques vis-à-vis de la cueillette, de la détention, de l'utilisation et de la communication des renseignements personnels des assurés potentiels.

Les droits de l'assuré et leur protection sont l'objet de la seconde grande partie. Est d'abord traité le droit à l'inviolabilité de la personne, concrétisée en assurance-vie par le droit de l'assuré d'être informé sur les tests de détection du VIH qui seront effectués et les droits relatifs à la communication des résultats des tests ainsi qu'au suivi. Le droit à la vie privée et à la confidentialité des renseignements personnels est discuté en regard du consentement requis de l'assuré à la cueillette de renseignements auprès de tiers ; suivent les recours en cas de manquement de l'assureur. Nous poursuivons avec le droit à la non-discrimination. Enfin, nous complétons cette deuxième partie en présentant les dispositions législatives et la jurisprudence de la Commission d'accès à l'information précisant le droit d'accès dont jouit l'assuré quant aux dossiers le concernant.

En troisième partie enfin, nous tentons de concilier les impératifs économiques des assureurs, à savoir la sélection des risques, et les droits fondamentaux de l'assuré. Une première avenue proposée consiste en l'élaboration d'une démarche d'enquête nouvelle et adaptée à la problématique du VIH en analysant et suggérant des correctifs à apporter au processus actuel. Une vision plus révolutionnaire suggère comme seconde

avenue, la possibilité pour l'assuré de choisir le professionnel de la santé ou son médecin traitant pour effectuer les tests de dépistage ou l'examen médical requis. Tant les bases juridiques de ce droit que sa légitimité seront examinées.

Notre objectif consiste à analyser les pratiques actuelles des compagnies d'assurance-vie à la lumière de la législation et de la jurisprudence québécoises. Étant conscient des implications juridiques et sociales du VIH en assurance-vie, il convient d'apporter les ajustement nécessaires dans le plus grand respect des droits fondamentaux des assurés. Nous désirons sensibiliser le domaine de l'assurance au fait que les enjeux du VIH en assurance-vie ne sont pas que financiers. Ils impliquent beaucoup plus : des obligations légales et morales à respecter, mais avant tout des personnes.

PARTIE I : L'INTÉRÊT DE L'ASSUREUR : L'ÉVALUATION DU RISQUE ASSURABLE

Nous traiterons en première partie de la position de l'assureur-vie face au risque du SIDA. L'intérêt de l'assureur est financier, cette affection touchant de plus en plus de personnes et entraînant encore de nombreux décès. Puisque les compagnies d'assurance-vie n'acceptent pas le risque lié au VIH à cause de ses caractéristiques médicales propres et des conséquences financières qu'il entraîne, elles tentent par différents moyens d'éviter d'assurer les personnes porteuses de ce syndrome. Cette partie traitera des principes importants d'assurance et des données médicales élémentaires relatives au SIDA avant d'étudier la question de la détection du risque lié au VIH par les questionnaires du contrat d'assurance de personnes, par les tests de dépistage et par les démarches d'enquêtes.

I.1. CERTAINES CONSIDÉRATIONS D'ORDRE LÉGAL ET MÉDICAL

Afin de cerner toutes les facettes de la problématique du VIH et de comprendre le refus des assureurs-vie d'assurer les porteurs du VIH, nous exposerons brièvement quelques notions fondamentales de l'assurance-vie qui s'avèrent pertinentes pour notre étude ainsi que les particularités médicales de cette affection gouvernant l'attitude réticente des assureurs-vie.

I.1.1. QUELQUES NOTIONS DE DROIT DES ASSURANCES

Le contrat d'assurance possède ses propres caractéristiques et se base sur des principes statistiques répondant ainsi à des besoins financiers définis et précis pour les assurés. Nous exposerons donc quelques notions de l'assurance-vie afin de comprendre les limites de l'industrie de l'assurance-vie dans l'acceptation du risque lié au VIH et les raisons pour lesquelles elle est soucieuse de l'éviter.

a) Les principales caractéristiques du contrat d'assurance

Le contrat d'assurance est régi, pour sa formation, son interprétation et son exécution, par les règles générales de toute obligation conventionnelle prévue au *Code civil du Québec*¹.

L'assuré ou le preneur, et l'assureur sont liés par des obligations contractuelles réciproques². Les qualifications suivantes s'appliquent au contrat d'assurance-vie : il est consensuel, d'adhésion, de droit privé.

¹[ci-après *C.c.Q.*]

²Le caractère onéreux du contrat d'assurance-vie ressort clairement de l'article 2389 al. 1 du *C.c.Q.* qui établit les éléments de ce contrat. "Le contrat d'assurance est celui par lequel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l'assurance se réalise."

1. Un contrat consensuel

Le contrat d'assurance est formé, comme tout autre contrat consensuel, d'une offre et d'une acceptation selon l'article 2398 du *Code civil du Québec*³ ; aucune forme particulière n'est requise pour sa formation. La prise d'effet se situe au jour où l'assureur accepte la proposition d'assurance, et le contrat prend effet quand il y a paiement de la première prime, mais rétroactivement au moment de l'acceptation. Ce délai, s'il en existe un, trouve toute son importance en cas de changement éventuel dans l'assurabilité du client.

2. Un contrat d'adhésion

Le contrat d'assurance est dit d'adhésion, puisque l'une des parties, en l'occurrence le preneur, perd la faculté d'en négocier librement les conditions, se voyant imposer à l'avance les éléments essentiels du contrat et ne gardant que le choix de contracter ou non⁴. L'auteur Jean-Louis Baudouin, dans son ouvrage *Les obligations*⁵, souligne que pour ce type de contrat le législateur intervient pour protéger le public en général tout en assurant la santé financière de l'entreprise et

³Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre) : lignes et contre-lignes*, t.1, Sherbrooke, Éditions SEM, 1989 à la p. 202.
Art. 2398 C.c.Q. " Le contrat d'assurance est formé dès que l'assureur accepte la proposition du preneur."

⁴Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, à la p. 48, no. 52.

⁵*Id.*

l'efficacité de gestion⁶. L'article 2414 C.c.Q. énonce en effet que les dispositions du chapitre deuxième, "Des assurances de personnes", sont impératives. En contrepoids à la force de la partie imposant le contenu du contrat, le Code prévoit une règle d'interprétation du contrat favorisant, en cas d'ambiguïté, l'adhérent, c'est-à-dire le preneur⁷. L'arrêt de la Cour suprême *Frenette c. Métropolitaine (La)*⁸, réitère la même règle d'interprétation favorisant l'adhérent⁹.

3. Un contrat de droit privé

Le contrat d'assurance-vie au Québec et au Canada fait partie des contrats de droit privé et non de droit public. Cela signifie que seules les parties, soit l'assureur et l'assuré, contractent des obligations réciproques et que l'État

⁶*Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32.

⁷Art. 1432 C.c.Q. "Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur."

⁸[1992] 1 R.C.S. 647.

⁹Voir les pages 667 et 668 dans *Frenette c. Métropolitaine*, [1992] 1 R.C.S. 647. "Le tribunal est habilité à appliquer la règle *contra proferentem* seulement dans les cas où toutes les règles d'interprétation n'ont pas permis de découvrir l'intention véritable des parties et, dans ce cas, le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé." Voir également Jean-Guy Bergeron, *supra*, note 3, à la p. 106: "C'est ainsi que, s'il s'avère nécessaire d'interpréter un contrat, la règle cardinale est que l'intention des parties doit l'emporter, sous réserve bien entendu des dispositions d'ordre public du Code civil. Dans la recherche de cette intention, on doit tout particulièrement examiner les termes utilisés par les parties, le contexte dans lequel ils sont utilisés et, enfin, le but poursuivi par les parties en utilisant ces termes."

s'abstient d'intervenir. La liberté contractuelle n'est donc pas entravée par ce dernier.

En général, le domaine des assurances représente, à lui seul, un élément important de l'économie canadienne. Il joue, pourrait-on dire, un rôle social en ce sens qu'il contribue à procurer la confiance financière et la stabilité recherchée par les milieux d'affaires. Nombreux sont les exemples démontrant l'importance de la vigueur de l'industrie de l'assurance.

Pour les particuliers, l'assurance devient synonyme de sécurité et de confiance ; ils cherchent à protéger leurs biens, à conserver leur patrimoine ou à procurer un revenu à leurs proches advenant un décès ou une incapacité de travail¹⁰. L'assurance de personnes est plutôt perçue par l'individu comme une autre manière d'obtenir un capital.

Par contre, au plan de l'assurance-santé, étant donné que le Canada s'est doté d'un régime public, les compagnies d'assurance ne se trouvent pas à assumer directement et véritablement un rôle social différent que ce que lui commandent les impératifs financiers¹¹.

¹⁰Jean-Guy Bergeron, *id.* aux pp. 9-20.

¹¹Aux États-unis, l'assurance de personnes est perçue comme une mesure quasi-sociale, étant donné l'absence de régime d'assurance-santé public. La classification de contrat privé traduit les divergences entre le contexte américain et canadien. La différence s'observe notamment au niveau de l'interdiction des tests de dépistage du VIH pour la raison que ces tests excluraient de l'assurance-santé tous les porteurs du VIH. Ainsi, dans certains états des États-unis, le gouvernement avait interdit les tests de dépistage du VIH pour toutes les catégories d'assurance de personnes, puisque la population porteuse du VIH se voyait refuser la protection de l'assurance santé, mesure accessible presque exclusivement à travers les compagnies privées. Par la suite, la législation américaine s'est assouplie afin de permettre ces tests en matière d'assurance-vie étant donné qu'elle ne vise pas les mêmes buts.

b) Les principes de base de l'assurance

Les trois éléments sous-tendant l'assurance sont la mutualité, les lois de la statistique et le risque. Il convient de les résumer dans le contexte particulier du VIH.

1. La mutualité

L'auteur André Besson, repris par Jean-Guy Bergeron, définit le principe de la mutualité ainsi :

[...] Cette technique de l'assurance repose d'abord essentiellement sur l'existence d'une mutualité, c'est-à-dire d'un groupement de risques présentant certains caractères de dispersion, d'homogénéité et de fréquences, risques que l'assurance doit, en s'inspirant de la loi des grands nombres, sélectionner pour en effectuer la répartition et la compensation suivant les données statistiques.¹²

L'auteur Jean-Guy Bergeron ajoute "qu'il faut un regroupement de risques et de personnes qui décident de contribuer aux pertes du groupe en payant une prime. Le risque est alors réparti sur l'ensemble, d'où sa dilution, son adoucissement pour chacun¹³." Les assurés s'entendent pour supporter des risques homogènes en payant des primes similaires. Assurer des risques dont la réalisation survient

¹²André Besson, *Les assurances terrestres de M. Picard et A. Besson, Le contrat d'assurance*, t. 1, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, no. 9.

¹³Jean-Guy Bergeron, *supra*, note 3, à la p. 23.

invariablement irait à l'encontre du principe de la mutualité, par exemple le décès causé par une infection reliée au virus du SIDA¹⁴. Répandu d'une façon importante parmi une population jeune¹⁵ le SIDA présente une longue période d'incubation, ce qui n'est pas sans ébranler les projections des compagnies d'assurance-vie. La situation n'est pas comparable avec le diabète ou les maladies cardio-vasculaires par exemple, car bien que les risques de décès soient plus élevés, ces affections ne conduisent pas invariablement vers une mort prématurée.

Jusqu'à tout récemment en effet, le VIH, contrairement aux autres virus, provoquait la mort à plus ou moins brève échéance, donc le risque qu'il progresse vers le SIDA était quasiment certain. Or, avec l'avènement et la combinaison d'un nouveaux traitements, notamment la trithérapie¹⁶, considérée comme la plus importante avancée médicale depuis la découverte de l'AZT dans les années 80, il semble que le nombre de décès

¹⁴*Ibid.* aux pp. 29 et 30. Selon Jean-Guy Bergeron, la mutualité doit placer au premier plan la sécurité individuelle des assurés et non l'intérêt du groupe, sinon ils se créeront une autre technique pour se protéger.

¹⁵Santé Canada, *Le sida au Canada : mise à jour trimestrielle de la surveillance*, Division de la surveillance du VIH/sida, Bureau du VIH/sida et des MTS, LLCM, DGPS, santé Canada, août 1997, Voir Tableau 2C à la p. 11. Il apparaît que le nombre de cas de sida déclarés et diagnostiqués au 30 juin 1997 est plus important chez les personnes âgées de 20 à 49 ans.

¹⁶Des essais cliniques récents démontrent qu'un nouveau traitement, la trithérapie, permettrait de réduire de 50% le nombre de décès liés au sida. Il s'agit d'une combinaison de trois produits : l'AZT, le 3TC et l'Indinavir, ce dernier étant des inhibiteurs de protéase. L'Indinavir est le troisième médicament qui entre dans la combinaison.

chez les patients qui la reçoivent a diminué de moitié¹⁷. Ce traitement peut être administré peu importe le degré d'avancement de l'infection au VIH. Santé Canada a même accepté la commercialisation de la trithérapie avant la fin des essais cliniques. Cependant, les résultats trop récents ne peuvent encore servir de base solide à des fins statistiques et actuarielles dans l'évaluation du risque lié au VIH¹⁸. Le temps et l'accumulation de données dicteront aux compagnies d'assurance le réajustement de leur pratique quant à l'évaluation du risque lié au VIH, lorsque le SIDA ne se caractérisera plus par sa fatalité.

2. Les lois de la statistique

Les lois de la statistique, ou lois des grands nombres, permettent de faire des probabilités relatives à la survenance de différents risques. Scientifiquement, il est prouvé que les choses se produisent selon une fréquence prédictible. En

¹⁷Isabelle Paré, "La trithérapie a gagné ses lettres de noblesse : Les essais comparatifs avec les traitements traditionnels ne sont plus nécessaires" *Le Devoir* [de Montréal], 26 février 1997. "Cette étude, [étude du National Institute of Health de Washington] menée pendant 38 semaines auprès de 1156 personnes infectées par le VIH, a démontré que l'Indinavir utilisé en trithérapie a contribué à réduire de moitié le nombre de décès chez les patients qui le reçoivent. De fait, on a recensé 18 décès dans le groupe témoin ne recevant que l'AZT et le 3TC, comparativement à huit décès dans le groupe des patients traités en trithérapie. Ces résultats préliminaires ont poussé le comité de surveillance à recommander immédiatement l'interruption de l'étude."

¹⁸Voir par analogie le texte suivant traitant des renseignements génétiques : Hélène Guay, Bertha M. Knoppers et Isabelle Panisset, "La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi" (1992) 52 R. du B. 185 aux pp. 224 et 228.

conséquence, les compagnies d'assurance utilisent ces modèles afin d'évaluer le montant des primes à exiger des assurés. Une règle à respecter consiste à regrouper ensemble des risques dispersés, homogènes et suffisamment fréquents¹⁹. Nous nous attarderons surtout à expliquer l'homogénéité et la fréquence des risques dispersés.

Concernant l'homogénéité des risques, Jean-Guy Bergeron écrit :

Les statistiques doivent aussi reposer sur des risques homogènes : ces statistiques n'ont de vérité que si elles portent sur des cas semblables, équivalents. Grâce à ce regroupement homogène des risques, il pourra y avoir un traitement égalitaire, équitable des assurés : chaque assuré sera appelé à fournir une prime dont l'importance sera en proportion des risques.

[...] Cette homogénéité ne prend pas en compte seulement des risques similaires.²⁰

La réalisation des risques doit se produire à une certaine fréquence, mais ne peut être trop fréquente, car le coût de l'assurance pour ce type de risque deviendrait trop élevé.

Selon un article de la revue Assurance datant de 1988²¹, il y avait 59 cas de SIDA au Canada, par million de population, alors qu'il y en avait 216 aux États-unis. L'opinion de

¹⁹Jean-Guy Bergeron, *supra*, note 3, à la p. 25.

²⁰*Ibid.* aux p. 26 et 27.

²¹Jean-Marie Bouchard, "Les pouvoirs publics et le SIDA : Le point de vue de l'Inspecteur général des Institutions financières" (1988) 3 Assurances 343 à la p. 347. "Au Canada, moins de 1% des hommes de 20 à 29 ans étaient infectés, soit une proportion deux fois moindre qu'aux États-unis."

quelques actuaires versés en la matière au Canada est que le ratio canadien resterait toujours le même dans le scénario le plus pessimiste²².

3. Le risque

Le risque est l'élément fondamental en assurance et il se caractérise par son incertitude. Voici la définition que donne l'auteur André Besson : "[...] un événement incertain et qui ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties(,) spécialement de celle de l'assuré."²³ De plus, le risque doit pouvoir se réaliser tout en conservant son caractère aléatoire.

Les compagnies évaluent le risque que représente chaque assuré individuellement pour le classer dans une catégorie d'assurés représentant des risques semblables et ce, pour satisfaire au principe de la mutualité. En conséquence, ces assurés paient une prime égale, tel que dit plus haut. L'assurance ne vise pas à juger une personne exposée à un risque, mais plutôt à déterminer son appartenance à un groupe déterminé de personnes conformément à des observations statistiques²⁴. Le principe de catégorisation des assurés implique nécessairement l'idée de distinction entre eux. Celle-ci ne consiste pas à isoler un individu pour faire

²² *Ibid.* à la p. 347.

²³ André Besson, *supra*, note 12, au no. 22.

²⁴ Ministère de la santé et des services sociaux du Québec, *VIH et SIDA : Rapport d'étude sur les aspects éthiques et juridiques*, (Groupe de travail sur le SIDA) par David J. Roy, coordonnateur, 9 sept. 1988 à la p. 77.

ressortir ses qualités et ses aptitudes sans égard aux éléments généraux que l'on peut retenir de la classe à laquelle il est rattaché; elle vise plutôt à faire apparaître des qualités communes à des groupes de personnes²⁵.

Les facteurs de classification des risques obéissent, aux seules lois du marché. Ainsi, pour fixer le tarif de la prime, les compagnies d'assurance-vie canadiennes suivent la pratique établie et ne disposent que de lignes directrices. Cependant, elles doivent prendre garde de ne pas se fier à des critères jugés discriminatoires et ce, en contravention de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*²⁶; celle-ci est la seule garantie juridique dont nous disposons présentement contre la véritable discrimination.

Pour ce qui est de l'évaluation du risque, les assureurs s'intéressent aux statistiques relatives aux modes de transmission du VIH, à sa propagation, à sa répartition au Canada, aux groupes à risque et aux comportements à risque.

L'actuaire travaillant en assurance-vie essaie de dresser le portrait-type de l'assuré à risque élevé de contracter le VIH ou de celui qui est infecté.

Selon les statistiques, au Canada, un homme homosexuel ou bisexuel âgé entre 30 et 39 ans et habitant l'Ontario semble

²⁵*Ibid.* à la p. 80.

²⁶L.R.Q., c. C-12, art. 10.

l'assuré potentiel le plus à risque²⁷.

Selon la Division de surveillance du VIH/sida et le Bureau du VIH/sida et des MTS, parmi les 15 101 cas de sida déclarés et diagnostiqués au Canada, cumulativement au 30 juin 1997, les hommes adultes représentaient un pourcentage de 92,5%²⁸. Seulement pour l'année 1996, la tranche d'âge de 30 à 39 ans chez les hommes regroupe 45,3% des cas de SIDA²⁹. La répartition des cas à travers le Canada n'est pas uniforme. En 1996, la plupart des cas de SIDA chez les hommes ont été relevés en Ontario (39,4%), au Québec (30,5%) et en Colombie-

²⁷Santé Canada, Le sida au Canada : mise à jour trimestrielle de la surveillance, *supra*, note 18. Au Canada, 88,7% de tous les cas de sida signalés pour 1996 se situaient chez les hommes. Au 30 juin 1997, le pourcentage de cas diagnostiqués chez les hommes s'établissait à 86,8%. Les ratios homme-femme étaient respectivement de 8:1 et 7:1.

Voir à la p.12 Tableau 3A ; la plus forte proportion (de cas de sida déclarés chez les adultes de sexe masculin au Canada) figure dans la catégorie d'exposition " hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes". [comprenant relations homosexuelles et bisexuelles, voir notes techniques à la p. 8] En 1994, 1995, 1996 et au 30 juin 1997, cette catégorie d'exposition représente respectivement 76%, 72,3%, 68,5% et 66,7% des cas de sida déclarés. Voir à la p. 10 Tableau 2A; En 1994, 1995, 1996 et première moitié de 1997, la catégorie 30-39 ans chez les hommes a la proportion la plus importante des cas de sida déclarés, avec 48,0%, 45,1%, 45,3% et 51,5% des cas. Voir à la p.14 Tableau 4A; en 1995, 1996 et au 30 juin 1997, l'Ontario possède les plus forts pourcentages de cas de sida masculins déclarés. Elle obtient respectivement pour ces années, 39,5%, 40,1% et 53% des cas.

²⁸*Ibid.*, à la p. 9, au tableau 1B.

²⁹*Ibid.*, à la p. 10, au tableau 2A ;

Concernant les cas de sida déclarés chez les femmes, voir à la p. 11 au tableau 2B ; depuis les débuts de l'épidémie, la plus grande proportion de femmes atteintes du sida se situe dans la tranche d'âge 30 à 39 ans. Voir également Carol Strike, "Tendances sociales canadiennes", Statistique Canada, "Le sida dans les années 90", hiver 1991, à la p. 22. Selon Statistique Canada, de 1983 à 1991, le nombre de femmes sidéennes est passé de 13 à 261. Un peu moins du tiers de celles-ci étaient âgées de 20 à 29 ans, et une proportion semblable avait entre 30 et 39 ans ; toutefois, un pourcentage important d'entre elles (24%) avaient 50 ans et plus.

Britannique (17,6%)³⁰.

Les assureurs cherchent à connaître les groupes à risque et les comportements à risque. Chez les hommes, le mode de transmission dont le risque est le plus élevé demeure les relations homosexuelles et bisexuelles³¹, tandis que chez les femmes, les contacts sexuels avec un partenaire infecté représentent le risque le plus élevé³². Les groupes à risque sont les hommes ayant des relations homosexuelles ou bisexuelles, les utilisateurs de drogues injectables, les personnes qui ont reçu des produits sanguins entre 1978 et 1985, les prostitués des deux sexes, les personnes venant de pays où l'infection au VIH est endémique et les partenaires sexuels de personnes à risque³³. On soulignait déjà en 1988,

³⁰*Ibid.*, à la p. 14, au tableau 4A; *Ibid.*, à la p. 14, au tableau 4B; Chez les femmes, c'est au Québec que l'on retrouve la proportion la plus élevée avec 43,0% des cas au Canada en 1996, puis l'Ontario suit avec 33,7% et enfin la Colombie-Britannique avec 14%. Cumulativement au 30 juin 1997, ce pourcentage pour le Québec s'établit à 50,6% des cas de sida déclarés et diagnostiqués.

³¹*Ibid.* à la p. 13 au tableau 3A ;

³²*Ibid.*, à la p. 12, au tableau 3B ; en 1994, 1995, 1996 et du 1er janvier 1997 au 30 juin 1997, ces pourcentages s'établissent dans l'ordre à 44%, 39,1%, 42,4% et 50,0%.

³³Carol Strike, *supra*, note 29. Selon Statistiques Canada, en date du 6 août 1991, il y avait accord entre les scientifiques pour dire que le virus du SIDA est transmis principalement par voies génitales et anales, par échanges d'aiguilles infectées et par transfusions de produits sanguins.

Santé Canada, *Le sida au Canada : mise à jour trimestrielle*, *supra*, note 18 à la p. 13 au tableau 3D; Santé Canada rapporte qu'en 1996, 60,7% des cas de sida déclarés et diagnostiqués se retrouvent dans la catégorie d'exposition "hommes ayant des relations sexuelles homosexuelles et bisexuelles. Les autres catégories d'exposition principales notamment l'usage de drogues injectables, l'origine d'un pays où le sida est endémique, les contacts sexuels avec une personne à risque et la réception de produits sanguins recueillent respectivement 10,5%, 4,9%, 7%, 9,9% et 2,6% des cas.

qu'une personne qui avait eu une maladie transmissible sexuellement courait un risque plus grand de contracter le SIDA. En effet, si l'on se fie à des données cliniques sur ces maladies, le taux d'infection au VIH parmi les personnes affectées était de 5,2%, un taux plus élevé que dans la population en général³⁴.

Du côté de l'assurance, une chronique du 10 octobre 1987 de l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes (l'ACCAP)³⁵ comparait les risques de décès dans les cinq prochaines années selon la condition de santé présentée par un homme de 35 ans. Ainsi, selon ses prévisions, un homme de 35 ans en bonne santé mais fumeur présente un risque deux (2) fois plus élevé de mourir dans les cinq (5) prochaines années que le même homme de 35 ans en bonne santé et non-fumeur ; le taux de mortalité d'un diabétique est de quatre (4) fois supérieur ; celui d'un porteur du VIH, vingt-neuf (29) fois et celui de la personne atteinte du SIDA, cent quatre-vingts (180) fois. Comme nous l'avons dit plus haut, avec les nouveaux traitements, ces données de morbidité et mortalité sont

³⁴Jacques A. Ross, "Le SIDA et les assureurs : le point de vue d'un assureur" (1988) *Assurances* 409 à la p. 411. De plus, la revue *Assurances* rapporte que le *New England Journal of Medicine* de janvier 1988 faisait état d'un lien important entre les personnes ayant déjà contracté une maladie transmise sexuellement (MTS) et le SIDA.

³⁵Il est opportun de souligner que bon nombre de compagnies d'assurance de personnes, incluant par le fait même des assureurs-vie, se sont regroupées en une association appelée l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes [ci-après l'ACCAP]. Cette association émet des lignes directrices envoyées à ses membres, qui ont toute liberté de les intégrer à leurs politiques ou non. L'ACCAP ne détient aucun pouvoir coercitif; son influence se résume à faire des recommandations à ses membres.

appelées à changer³⁶.

Évidemment, d'autres considérations plus complexes entrent en jeu pour la catégorisation des assurés. Il apparaît donc qu'il est de première importance pour les compagnies d'assurance d'identifier les risques reliés au VIH, avant la conclusion du contrat d'assurance.

I.1.2. QUELQUES INFORMATIONS MÉDICALES CONCERNANT LE VIH ET LE SIDA

Voyons brièvement quelques informations médicales sur le VIH et sur le SIDA afin de connaître les particularités de cette affection et de comprendre dans quelle mesure la condition médicale d'une personne porteuse du VIH influence la détermination et l'acceptation du risque.

a) Un bref rappel de l'affectation du VIH

Le syndrome de l'immuno-déficienciae acquise ou SIDA est causé par le virus de l'immuno-déficienciae humaine (VIH) et il est le résultat de la destruction progressive du système immunitaire par ce virus. Le corps humain devient vulnérable à l'intrusion de virus ou de microbes opportunistes vecteurs de maladies et à certaines formes de cancers comme le sarcome

³⁶Isabelle Paré, *supra*, note 17.

de Kaposi³⁷.

L'état de santé de la personne infectée au VIH passe par trois (3) stades successifs : la séropositivité, le syndrome associé au SIDA (SAS) et finalement le SIDA déclaré³⁸. Au premier stade, la personne ne présente aucun symptôme relié à la maladie. La période de latence entre le moment où elle a été mise en contact avec le VIH et celui où elle pourra être identifiée comme porteuse du VIH varie de trois semaines à six mois environ. Durant cette période dite "fenêtre", la personne infectée ignore son état mais peut déjà transmettre le virus³⁹.

Durant la deuxième phase, (SAS), les symptômes mineurs suivants font leur apparition : fatigue, fièvre, sueurs nocturnes, lymphadénopathie, diarrhée persistante et abondante, forme grave d'herpès, perte de poids supérieure à 10% du poids corporel, augmentation de volume des ganglions en plusieurs endroits du corps et de façon durable⁴⁰ ; d'après des examens en laboratoire plus approfondis, on remarque un faible nombre de globules blancs, de l'anémie, une anomalie dans les protéines⁴¹. La dernière phase est le SIDA déclaré. Il

³⁷Luc Montagnier et Saad Khoury, *SIDA : les faits, l'espoir*, Paris, Institut Pasteur, 10ème éd., 1996 aux pp. 4 et 5. Pour des informations médicales détaillées, voir Clément Olivier et Réjean Thomas, *Le SIDA : un nouveau défi médical*, Département de santé communautaire, Cité de la santé, Laval, 1989, 100 pp.

³⁸Melissa Gillespie, "AIDS : Detection and Control" (199?) 47 Toronto Fac. L. Rev. 354 à la p. 356.

³⁹*Ibid.* Voir également Luc Montagnier et Saad Khoury, *supra*, note 37 aux pp. 28 à 31; seulement 20% à 30% des sujets infectés au VIH auraient des manifestations pseudo-grippales ou mononucléosiques.

⁴⁰*Ibid.* Luc Montagnier et Saad Khoury aux pp. 28 et 29.

⁴¹Melissa Gillespie, *supra* note 38.

présente trois groupes de symptômes dûs aux infections opportunistes, à certains cancers et à des atteintes neurologiques ainsi qu'un syndrome d'amaigrissement⁴² : ce sont eux qui causent le décès. Sur une période de dix ans, certains sujets infectés au VIH (20%) ne ressentiront aucun symptôme, tandis que 20% d'entre eux subiront des symptômes mineurs, (SAS), et 60% des sujets auront des symptômes majeurs ayant évolués vers le SIDA⁴³. À court ou à moyen terme, elle meurt, non pas du SIDA, mais plutôt d'autres affections intercurrentes.

Ainsi, jusqu'à tout récemment, on pouvait dire qu'il entraînait invariablement la mort à plus ou moins brève échéance. Avec les nouveaux traitements, il est permis de croire que l'espérance de vie va être prolongée ou même que l'affection pourrait être guérie.

b) Le dépistage du VIH

L'infection au VIH peut être identifiée par l'utilisation des tests de dépistage. Ces tests ne détectent pas le virus comme tel, mais les anticorps développés en réaction à l'infection⁴⁴. Ils permettent de prendre et orienter les

⁴²Luc Montagnier et Saad Khoury, *SIDA : les faits, l'espoir, supra*, note 37, aux pp. 30 et 31.

⁴³*Ibid.* aux pp. 28 et 29.

⁴⁴Clément Olivier et Réjean Thomas, *Le SIDA : un nouveau défi médical, supra* note 37 à la p. 26.

mesures afin de prévenir la propagation de la maladie⁴⁵.

Pour les assureurs, la possibilité d'utiliser ces tests revêt une importance capitale : elle permet d'éliminer une partie des risques liés au VIH ou au SIDA, soit les assurés potentiels déjà porteurs du VIH et ayant développé des anticorps avant la conclusion du contrat de l'assurance-vie, mais dont la condition de santé serait asymptomatique. Cependant, un test passé pendant la période dite "fenêtre" ne permet pas d'éliminer le porteur du VIH.

Le dépistage du VIH doit répondre à une préoccupation : l'exactitude, tant pour le milieu médical que pour le domaine qui nous intéresse, l'assurance-vie. Il s'effectue en deux étapes : l'*ELISA*, qui est un test de sensibilité, et le *Western*

⁴⁵Un article paru en 1993, dans L'Union médicale du Canada, traite du fait que tous les patients ne répondent pas exactement aux questionnaires médicaux. Pour obtenir un aperçu valable de l'incidence du SIDA, il faudrait s'informer des antécédents sexuels des patients, y compris leur pratique sexuelle et tout facteur pouvant influencer sur le risque de contamination au VIH, par exemple leurs habitudes de consommation de drogues ; Groupe d'étude canadien sur l'examen médical périodique, "L'examen médical périodique, mise à jour 1992 : Le dépistage des anticorps anti-VIH", sept./oct. 1993, L'Union médicale du Canada, 322 à la p. 323. Lorsque l'infection est à son stade précoce, l'administration de traitements à l'AZT peut retarder l'apparition du SIDA chez la personne. Voir également concernant la trithérapie, Isabelle Paré, *supra*, note 17.

Blot, qui est un test de spécificité⁴⁶. La combinaison de ces deux étapes donne un taux d'exactitude des cas dépistés de 99,8%⁴⁷, et le monde médical est d'avis qu'elle constitue la mesure la plus fiable de détection du virus, meilleure que questionnaires médicaux ou entrevues avec les patients⁴⁸. Ainsi en est-il pour le milieu de l'assurance.

I.2. LA DÉTECTION DU RISQUE LIÉ AU VIH PAR L'ASSUREUR

Dans le domaine de l'assurance-vie, le VIH engendre des difficultés tant au niveau de la déclaration que de la classification du risque⁴⁹.

Les assureurs font face à l'"anti-sélection", phénomène selon lequel une personne atteinte d'une maladie dont la

⁴⁶ Sensibilité : Proportion des sujets affectés chez qui le test est positif; spécificité : proportion des sujets non atteints chez qui le test est négatif. Le patient susceptible d'avoir contracté le VIH subit en première étape, le test *ELISA* (tests immuno-enzymatique) qui est très sensible et réactif. Il est aisé à administrer, et de plus, est peu coûteux. Par le fait de sa haute sensibilité, ce test donne parfois de faux positifs. C'est alors qu'il faut poursuivre avec la deuxième étape : le test Western Blot (radio-immunoprécipitation et l'immunofluorescence indirecte), dont le coût est élevé; c'est un test spécifique. Groupe d'étude canadien sur l'examen médical périodique, "L'examen médical périodique, mise à jour 1992 : Le dépistage des anticorps anti-VIH", *supra* note 45 aux pp. 323 et 324.

⁴⁷ *Idem*. Il est important de préciser que la valeur prédictive d'un résultat variera selon la population ciblée. Ainsi, dans une population à faible densité de VIH, la proportion de faux positifs sera plus élevée que dans une population où le risque est faible. L'obtention de faux négatifs n'est pas due à l'inexactitude des tests, mais plutôt à la longue période d'incubation du virus VIH (environ de 3 à 6 mois).

⁴⁸ Groupe d'étude canadien sur l'examen médical périodique, *supra* note 45 la p. 324.

⁴⁹ Suzie Guillemette, "Le SIDA : son assurabilité" (1992) 6 R.J.E.U.L. 69.

manifestation est prochaine cherche à souscrire un montant élevé d'assurance⁵⁰. La détection des assurés à risque et leur catégorisation sont nécessaires afin d'évaluer adéquatement le risque ou d'éliminer les personnes que les compagnies ne veulent pas assurer⁵¹.

Certaines compagnies ont eu recours à des clauses contractuelles stipulant que les traitements à l'état expérimental étaient exclus de la couverture d'assurance⁵². D'autres se sont servi de la notion de "conditions préexistantes" à la date de la souscription et, enfin, certaines étaient réticentes à transformer des polices d'assurances de personnes de groupe en assurance individuelle si l'assuré quittait l'employeur qui lui offrait une assurance de groupe⁵³.

Devant l'impact financier relié au VIH-SIDA, les compagnies d'assurance de personnes cherchent à se prémunir contre ce type de risque en ciblant les personnes à risque par les questionnaires soumis aux assurés potentiels et par des examens médicaux comprenant un test de dépistage du VIH. Ils adoptent des démarches d'enquêtes qui doivent s'inscrire selon l'esprit de la législation en vigueur.

⁵⁰Ministère de la santé et des services sociaux du Québec, *VIH et SIDA : Rapport d'étude sur les aspects éthiques et juridiques*, (Groupe de travail sur le SIDA), *supra* note 24 à la p. 85.

⁵¹Karen A. Clifford et Russel P. Iuculano, "AIDS and Insurance : The Rationale for AIDS-Related Testing" (1987) Harv. L. Rev. 1806 à la p. 1810.

⁵²Benjamin Schatz, "The AIDS Insurance Crisis : Underwriting or Overreaching" (1987) 100 Harv. L. Rev. 1782 aux pp. 1785 et 1786.

⁵³*Ibid.* à la p. 1786.

I.2.1. LES QUESTIONNAIRES DU CONTRAT D'ASSURANCE DE PERSONNES

Pour parvenir à éliminer les risques liés au VIH, différents types de questions visent à détecter les porteurs du VIH ou simplement les assurés plus à risque de contracter ce virus.

Nous avons mentionné qu'il y a deux sortes d'assurance-vie: la collective et l'individuelle. Or, pour l'assurance collective, deux situations sont susceptibles de se produire: l'assureur prend en charge un groupe d'assurés dans sa totalité, sans distinguer entre les composantes individuelles; habituellement, dans ce cas, l'examen médical n'est pas requis. L'assureur peut également décider de prendre en charge ce même groupe, tout en se réservant la faculté d'éliminer certains risques jugés non assurables⁵⁴. Dans le premier cas, l'assuré n'aura aucune obligation de déclarer, tandis que dans le second cas, l'assuré sera non seulement soumis à un questionnaire, mais il devra déclarer spontanément ce qu'il juge être raisonnablement important pour l'assureur.

Dans le cas d'assurance de groupe où l'assureur se permet d'éliminer certains risques et dans celui de l'assurance individuelle, les questionnaires constituent un excellent moyen d'éliminer le risque lié au SIDA ; les tests de dépistage pourront éventuellement être utilisés en deuxième étape pour

⁵⁴Patrice Deslauriers, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, aux p. 24 et 25.

identifier les porteurs du VIH⁵⁵.

Dans cette section, nous aborderons plus particulièrement la question de la déclaration du risque et des types de questions posées par rapport aux facteurs de risque.

a) Le contenu et l'étendue de l'obligation de déclarer de la de l'assuré

Les articles 2406, 2408, 2409 et 2410 C.c.Q. sont consacrés aux déclarations et engagements du preneur en assurance terrestre. La déclaration du risque est à l'initiative de l'assuré ou du preneur, en raison de l'interprétation du mot "réticence"⁵⁶. Cette obligation vise tant le preneur que l'assuré, si l'assureur le demande⁵⁷.

⁵⁵Comme nous l'avons mentionné, tous les porteurs du VIH ne pourront pas être identifiés lors de ces tests, particulièrement si les tests sont passés pendant la période fenêtre de l'infection.

⁵⁶Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance terrestre : lignes et entre-lignes*, t.2, Sherbrooke, Éditions SEM, 1992 aux pp. 222 et 244; Didier Lluelles, "La portée du questionnaire sur le principe de déclaration spontanée, à la lumière du droit comparé des assurances terrestres" (1988) 67 R. du B. can. 258 à la p. 263 ; Patrice Deslauriers, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, *supra* note 54. Cet ouvrage récent analyse l'obligation de déclarer à laquelle est tenu l'assuré. Nous y référons le lecteur.

⁵⁷Art. 2408 C.c.Q. : "Le preneur, de même que l'assuré si l'assureur le demande, est tenu de déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter, mais il n'est pas tenu de déclarer les circonstances que l'assureur connaît ou est présumé connaître en raison de leur notoriété, sauf en réponse aux questions posées."

Il y a certaines limites à l'obligation de déclarer. Le preneur doit, conformément à l'article 2408 C.c.Q., déclarer les circonstances qu'il connaît "qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement de la prime." Le degré de connaissance varie entre les circonstances qu'il connaît réellement et celles qu'il serait présumé connaître. Nombre d'auteurs sont d'avis que le preneur a une obligation de déclarer ce qu'un assureur raisonnable voudrait connaître⁵⁸. Par contre, l'auteur Jean-Guy Bergeron nuance : l'appréciation par l'assuré de ce qu'un assureur raisonnable veut savoir devrait prévaloir. Il écrit ce qui suit :

En regard de cette notion de connaissance, on peut aussi prétendre que non seulement le preneur ou l'assuré doivent connaître la circonstance, mais qu'ils doivent être capables d'en apprécier l'importance pour un assureur raisonnable[...] ⁵⁹

D'ailleurs, le texte des articles 2409 et 2410 C.c.Q. traite des déclarations de l'assuré "normalement prévoyant". Il est permis de conclure que le contenu et l'étendue de l'obligation de déclarer devraient être interprétés par rapport à la compréhension de l'assuré raisonnable et non par rapport à

⁵⁸Didier Lluelles, *Droit des assurances : aspects contractuels*, 2ème éd., Montréal, Thémis, 1986 à la p. 163 ; Patrice Deslauriers, *supra* note 45 à la p. 41 ; l'opinion de la majorité des auteurs en assurance est que la connaissance d'un preneur raisonnable et diligent évaluée *in abstracto* est le critère à suivre. Voir surtout Didier Lluelles, "La portée du questionnaire sur le principe de la déclaration spontanée à la lumière du droit comparé des assurances terrestres" *supra* note 56; Patrice Deslauriers, *supra* note 54 à la p. 36.

⁵⁹Jean-Guy Bergeron, *supra*, note 56, à la p. 226.

celle de l'assureur. Le même auteur ajoute :

Le critère de l'assureur raisonnable, refermé sur lui-même, a pu avoir une certaine légitimité au début du siècle; il n'a plus de cohérence avec les développements modernes de l'assurance orientés vers le respect des attentes raisonnables de l'assuré. Ce respect impose à l'assureur un devoir de renseignement afin de rendre possible pour l'assuré son obligation de déclarer. Aussi trouvons-nous très actuels les propos du juge Rinfret :

"Si l'assureur attache de l'importance à un fait, à une circonstance, qu'il considère essentiels, il doit en faire part à son futur client et provoquer une réponse directe à la question. Ce n'est que lorsque le futur client aura été mis au courant de ce que l'assureur considère comme essentiel qu'il pourra y répondre et, si sa réponse est erronée, il pourra alors être accusé de fausses représentations ou de réticences"⁶⁰.

Le principe voulant que le contrat d'assurance est un contrat de la plus haute bonne foi, dirige la conduite des deux parties. Ainsi, selon Jean-Guy Bergeron, "l'assuré est le responsable de la communication de l'information. Toutefois, si la négligence de l'assureur est telle qu'elle met l'assureur en position de ne pas recevoir l'information, autrement disponible, l'assureur n'a qu'à s'en prendre à lui-même. Il a ainsi perdu sa plus haute bonne foi"⁶¹.

L'étendue de l'obligation de déclarer est intimement liée à la portée du questionnaire. L'assureur, par le

⁶⁰Jean-Guy Bergeron, *supra* note 56 aux pp. 232 et 233. Il cite les décisions *Royal Ins. Cy Ltd. c. Gauthier*, (1964) B.R. 861 à la p. 888 repris par *Industrielle (L'), Cie d'ass. sur la vie c. Bourque*, (1986) R.R.A. 676 (C.S.) ; confirmée en appel, R.R.A. 449 (C.A.)

⁶¹*Ibid.* Jean-Guy Bergeron à la p. 243.

questionnaire, amorce une démarche active d'enquête et de découverte de circonstances qui pourraient influencer l'évaluation du risque. Il faut se demander si le questionnaire ne limite pas alors l'étendue de l'obligation de déclarer à ce qui est expressément demandé. Selon cette assertion, plus les questions contenues dans le questionnaire seraient précises et exigeraient des explications détaillées, moins l'obligation de déclarer les renseignements non visés par ces questions serait exigeante. Inversement, la généralité du questionnaire entraînerait une obligation de déclarer couvrant un champ plus vaste pour l'assuré.

Cependant, le rôle du questionnaire peut s'interpréter également comme un simple guide pour l'assuré, donc incluant l'obligation de déclarer les circonstances non visées. À ce sujet, la perception des auteurs face à la portée du questionnaire diffère⁶².

Jean-Guy Bergeron est d'avis que "le principe de la déclaration spontanée, sauf circonstances spéciales, est inversé par l'effet ambiant de l'utilisation d'un questionnaire : le principe se transforme en l'obligation de répondre aux questions posées sauf circonstances spéciales."

⁶²*Ibid.* aux pp. 245-260 ; Didier Lluelles est d'avis que cette obligation se divise en deux temps : premièrement, l'assuré doit répondre à toutes les questions d'une manière complète et deuxièmement, il doit déclarer de lui-même les circonstances qu'il connaît et qui sont pertinentes au risque : *supra*, note 56, à la p. 263. D'autres opinions favorisent la première conception énoncée ; l'initiative de l'assureur aurait pour effet de faire le tour de toutes les circonstances que ce dernier voudrait connaître. Voir F.-X. jr Simard, "Le droit des assurances terrestres depuis 1976 (articles 2468 à 2605 C.c.B.-C.)", Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, 53 à la p. 63 ; Jean-Guy Bergeron, "Le droit des assurances et l'entreprise" (1983) 14 R.D.U.S. 162 ; Lavoie c. Cie d'assurance-vie de Montréal, (1989) R.R.A. (C.A.) 402 à la p. 404.

Il voit deux limites : celle reposant sur la formulation du questionnaire et celle découlant de son interprétation. D'abord, une question précise et encadrée constitue une renonciation de l'assureur à être informé par l'assuré, de renseignements qui ne sont pas reliés directement à la demande; elle a donc un effet réducteur. De plus, l'assuré signe une reconnaissance semblable : "L'assuré certifie que les déclarations ci-dessus sont vraies et reconnaît qu'elles doivent servir de base au contrat". Selon Jean-Guy Bergeron, "cette reconnaissance signée par l'assuré est une expression directe du renoncement de l'assureur à une obligation résiduelle de déclarer⁶³." D'autre part, l'interprétation des questions est importante. "L'ambiguïté n'existe pas seulement si la lettre du contrat est ambiguë; il faut la jauger de façon concrète : y a-t-il ambiguïté dans l'esprit de l'assuré? Il faut interpréter les documents en tenant compte du contexte interne et externe. Le respect des attentes raisonnables de l'assuré nous semble un outil important pour découvrir l'intention véritable des parties⁶⁴."

En assurance-vie, il est établi que l'assuré a une obligation de déclarer ses comportements à risque, c'est-à-dire activités, sport ou travail dangereux. Pourquoi alors distinguer par exemple l'alpinisme, un sport dangereux en soi, et le fait d'avoir de multiples partenaires ou d'avoir des relations homosexuelles, ou encore de consommer des drogues par voie intraveineuse ou même de fréquenter un partenaire d'une

⁶³Jean-Guy Bergeron, *supra*, note 56, aux pp. 248 et 249.

⁶⁴*Ibid.* à la p. 250.

région où le SIDA est endémique ?

La question de l'obligation de déclarer l'orientation sexuelle de même que l'origine raciale et l'ethnie est ouverte. La section suivante traitant de la nature des questions examinera ces types de problèmes.

Si les questions portent sur l'état de santé de l'assuré potentiel, la non divulgation, soit par réticence ou fausses déclarations, des circonstances propres à influencer un assureur raisonnable, alors que l'assuré les connaissait, entraîne la nullité du contrat d'assurance⁶⁵. Cependant, si l'assurance a été en vigueur pendant deux ans, celle-ci ne pourra être annulée ou réduite, à moins que l'assureur ne prouve que les fausses déclarations ou réticences ont été faites frauduleusement⁶⁶.

Le fardeau de prouver que les déclarations sont inexactes ou ont été faites de mauvaise foi appartient à l'assureur. Nous soulignons la difficulté qu'auraient les compagnies d'assurance à prouver qu'au moment de la formation du contrat, l'assuré savait ou du moins se doutait qu'il était porteur du VIH, d'autant plus que cette maladie, à ses débuts, ne présente aucun symptôme⁶⁷.

⁶⁵Art. 2410 C.c.Q. "Sous réserve des dispositions relatives à la déclaration de l'âge et du risque, les fausses déclarations et les réticences du preneur ou de l'assuré à révéler les circonstances en cause entraînent, à la demande de l'assureur, la nullité du contrat, même en ce qui concerne les sinistres non rattachés au risque ainsi dénaturé."

⁶⁶Art. 2424 C.c.Q. "En l'absence de fraude, la fausse déclaration ou la réticence portant sur le risque ne peut fonder la nullité ou la réduction de l'assurance qui a été en vigueur pendant deux ans."

⁶⁷Analogie avec Hélène Guay, Bertha M. Knoppers et Isabelle Panisset, *supra*, note 18, aux pp. 208 et 209.

En conséquence, il apparaît primordial pour les compagnies d'assurance-vie de se prémunir contre les risques qu'elles ne veulent pas assurer.

b) Les types de questions posées par rapport aux facteurs de risque

Par les questionnaires, les assureurs ne visent pas seulement à connaître directement ceux qui se savent porteurs du VIH, mais aussi à identifier les porteurs du VIH qui ignorent leur état ; ultimement, l'enquête ciblerait les porteurs potentiels. L'assureur catégorise ces assurés dans des groupes à risque et leur demande de se soumettre à un examen médical, incluant un test de dépistage du VIH : pour ce dernier test, il obtient, ou non, le consentement de l'assuré prospectif⁶⁸.

Pour l'instant, examinons les renseignements personnels qui sont demandés, et la formulation des questions par rapport aux facteurs de risque.

Pour établir des classes, les assureurs considèrent les facteurs suivants : âge, sexe, taille, poids, histoire médicale, état de santé, occupation, habitudes de vie et histoire de famille⁶⁹. Devant la crise du SIDA, un actuaire

⁶⁸Nous reviendrons sur le consentement aux tests de dépistage du VIH à la prochaine section.

⁶⁹VIH et SIDA : Rapport d'étude sur les aspects éthiques et juridiques par David J. Roy, coordonnateur, *supra*, note 23, à la p. 77 ; Harry Grantham, "Le SIDA et son assurabilité : quelques considérations éthiques" (1988) Assurances 383 à la p. 388.

invitait le milieu de l'assurance à considérer d'autres facteurs de sélection, comme l'état civil, la profession, le bénéficiaire de la police d'assurance-vie, la résidence, la promiscuité sexuelle, la prostitution, la toxicomanie, les séjours dans les régions où le SIDA est endémique, les recommandations de s'abstenir de donner du sang, la sur-assurance, et médicalement, la perte de poids non justifiée, les sueurs nocturnes, la faiblesse, la fatigue, la perte d'appétit, etc⁷⁰.

Les assureurs perçoivent le risque lié au VIH comme tout autre risque, c'est-à-dire qu'ils fixeront la prime en fonction des conditions physiques qu'il entraîne, donc en fonction de la mortalité et la morbidité. En pratique, le VIH n'est pas assurable pour l'instant, étant donné jusqu'à tout récemment⁷¹, la fatalité du SIDA ; la prime à payer serait trop élevée pour l'assuré⁷².

1. L'état de santé et histoire médicale de l'assuré

La connaissance de certaines données sur l'état de santé de l'assuré potentiel est directement reliée au risque. On ne

⁷⁰Jacques A. Ross, "Un point de vue actuariel sur le SIDA" (1988) 4 Assurances 549 à la p. 555.

⁷¹Voir note 17.

⁷²Luc Plamondon, "Le SIDA, les assurances de personnes et le droit: un second point de vue juridique" (1988) 3 Assurances 370 aux pp. 375 et 376. De plus, selon une chronique de l'ACCAP datant de 1987, un homme de 35 ans, infecté par le VIH représente un risque 180 fois plus élevé de décès dans les 5 prochaines années que celui en bonne santé.

peut nier la pertinence des questionnaires médicaux et des enquêtes faites en ce domaine. Cependant, le tout doit être encadré et limité selon certaines balises.

i) Les questions sur la séropositivité

Certains questionnaires exigent des assurés qu'ils fournissent des renseignements sur leur séropositivité. Par exemple, une question de plus en plus répandue est la suivante: " Êtes-vous atteint du SIDA ou êtes-vous porteur du VIH ou avez-vous des raisons de croire que vous avez contracté le VIH ou SIDA ?" Cette question apparaît légitime, puisqu'elle ne comporte pas de discrimination et que, concernant directement l'état de santé, elle est pertinente à l'évaluation du risque. De plus, elle est proportionnelle à la fois au but poursuivi par l'assureur et à l'abandon par l'assuré d'une partie de son droit à la vie privée. Sur ce point, le SIDA ne se distingue pas de toute autre maladie.

La séropositivité du conjoint de l'assuré peut-elle être demandée? Il apparaît tout à fait pertinent de poser cette question pour l'évaluation du risque.

Il s'agit plutôt d'une intrusion dans la vie privée du conjoint de l'assuré. En conséquence, nous soumettons que ce renseignement ne se justifie pas pour deux raisons. En premier lieu, l'assuré ne peut renoncer, à la place du conjoint, au droit à la vie privée de ce dernier. Comment un assuré pourrait-il dévoiler l'état de séropositivité de son conjoint sans contrevenir aux droits prévus aux articles 4, 5 de la *Charte québécoise* ? Deuxièmement, nous pouvons comparer cette

dernière question à celles portant sur les comportements à risque : nous verrons qu'elles sont trop intimement liées à la personne pour qu'on exige la divulgation de ces renseignements; l'atteinte à la vie privée est trop importante⁷³.

De plus, en cas de décès de l'assuré, l'assureur ne pourrait vérifier la véracité de telles déclarations, et ce, pour des raisons pratiques et légales. Les dossiers médicaux et hospitaliers du conjoint ne pourraient être obtenus par l'assureur qu'à la condition que le conjoint y consente, ce qui est improbable, même et surtout s'il était le bénéficiaire!

ii) Les questions sur les résultats des tests de sang antérieurs

Les questions portant sur les examens du sang déjà subis par l'assuré aux fins de détecter soit le diabète, les maladies du rein, le taux de cholestérol, l'hépatite A ou B, les maladies transmises sexuellement comme la syphilis ou le SIDA sont courantes, mais sont plus délicates. Elles visent à exclure les personnes qui ont passé des tests de sang, qui ont vraisemblablement déjà été identifiées positivement comme porteuses du VIH, et qui ont connaissance de cet état⁷⁴.

Dans les faits, la majorité des assureurs seraient-ils tentés de considérer l'assuré ayant pris l'initiative de passer un test du VIH ou ayant été requis par la Croix-Rouge de

⁷³Voir ci-dessous à la sous-division I.2.1.b)3, Comportements à risque et antécédents sexuels de l'assuré.

⁷⁴Els TM Olsthoorn-Heim, "AIDS : HIV Testing and Private Insurance" (1993) 12 Med. Law 11 à la p. 12.

s'abstenir de donner du sang avant d'avoir passé un test, comme représentant un plus grand risque, ces situations confirmant des motifs de craindre l'infection au VIH ? Les directives de l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes (ACCAP) suggèrent aux compagnies membres d'ignorer le test de dépistage dont le résultat s'est avéré négatif, dans l'évaluation du risque et l'établissement de la prime⁷⁵.

En effet, un résultat séro-négatif n'a aucune pertinence eu égard à l'évaluation du risque. Le fait que quelqu'un se soit soumis à un test de dépistage du VIH n'est pas révélateur d'un comportement nécessairement à risque. Une telle démarche de la part de l'assuré potentiel peut s'expliquer, entre autres, par une crainte démesurée de contamination au VIH ou encore simplement par précaution à l'égard d'un nouveau conjoint. De plus, cette pratique de l'industrie de l'assurance pourrait influencer certains à ne pas subir un test de dépistage du VIH de peur de se voir refuser éventuellement une couverture d'assurance-vie. Indirectement, cela aurait des effets néfastes sur les efforts que le réseau de la santé déploie pour détecter l'infection au VIH et ainsi prévenir sa propagation.

Sauf les lignes directrices de l'ACCAP⁷⁶, il n'existe aucune documentation à ce sujet; afin d'illustrer la problématique, nous allons donner l'exemple d'une situation qui survient couramment.

⁷⁵Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes, lignes directrices concernant le sida : sélection des risques et souscription d'assurance vie et d'assurance maladie, L.D. no. 97, à la p. 97-2, no. 6.b.

⁷⁶Idem.

Une jeune femme souscrit une police d'assurance-vie. Professionnelle, originaire de la région métropolitaine de Montréal, elle n'a jamais eu de problèmes de santé majeurs, n'a pas voyagé dans les pays où le SIDA est endémique, bref c'est "Madame tout le monde". De plus, la couverture d'assurance représente un montant modeste. Cependant, comme elle s'est engagée dans une nouvelle relation de couple, elle décide de se soumettre à un test de dépistage du VIH par respect et sécurité pour son conjoint. À la question " : Avez-vous déjà passé un test de dépistage du VIH, SIDA ?" ... elle répond par l'affirmative. Quelques temps plus tard, on lui demande de passer l'examen médical requis par l'assureur, lui disant qu'elle a été sélectionnée au hasard parmi les assurés potentiels. De plus, à sa question sur le but de l'examen médical, on lui réitère qu'il ne s'agit que d'un examen de routine sans même mentionner le test de dépistage du VIH qui sera alors effectué. Ce n'est qu'en posant une question précise sur la possibilité qu'elle subisse un test de dépistage du VIH qu'on lui avoue, qu'effectivement, ce type de test est compris.

iii) Les symptômes précurseurs reliés à l'infection
au VIH:

Dans le cas où les assurés n'auraient jamais subi de test de dépistage du VIH, bien qu'ils puissent être malgré tout infectés, quelles questions poser ? Plus délicat encore, comment détecter les cas où l'assuré se doute de son état ou,

pire, il l'ignore tout à fait ?

Pour prévenir le risque lié aux porteurs du VIH qui s'ignorent, les assureurs posent des questions sur les symptômes précurseurs du SIDA, par exemple, des diarrhées, fièvres, fatigue, sueurs nocturnes, etc⁷⁷. Ainsi, des réponses positives incitent les assureurs à exiger un examen médical complet, incluant un test de dépistage du VIH. Il n'est pas contesté que ces données sont plus difficiles à vérifier si l'infection se situe au premier stade, surtout si l'assuré n'a pas consulté un professionnel de la santé. Advenant le décès de la personne, l'assureur peut facilement conclure à de fausses déclarations, en particulier si la date de souscription de l'assurance-vie et le moment du sinistre sont rapprochées dans le temps.

Il reste que si la personne ne présente aucun signe clinique ou physique d'infection, l'identification des assurés "risqués" par les questionnaires devient ardue.

2. L'orientation sexuelle, la race et l'origine ethnique

Les assureurs se retrouvant sans indice clinique de la part de l'assuré, scrutent à la loupe son mode de vie, soit en posant les questions directement, soit en accédant au dossier médical.

Certains cherchent par des moyens détournés à connaître

⁷⁷Thierry Vansweevelt, *Le SIDA et le droit : une étude de droit de la responsabilité et du droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1990, à la p. 126.

l'orientation sexuelle de l'assuré masculin en tirant des réponses fournies par ce dernier une conclusion à ce sujet, en raison de l'incidence plus marquée du SIDA chez les homosexuels que dans la population hétérosexuelle.

Ainsi, se fondant sur les études actuarielles existant sur l'incidence et la propagation du VIH et du SIDA parmi la population, l'assureur va poser des questions sur le sexe, l'état civil, le lieu de résidence, la profession, les maladies transmissibles sexuellement, les personnes avec qui il vit, le bénéficiaire de l'assurance-vie. D'autres questions portent sur les déplacements outre-mer de l'assuré, ses comportements à risque, notamment ses habitudes de consommation de drogues.

La race et l'origine ethnique font l'objet également de questions. La personne provenant d'un pays où le SIDA est endémique fera face à une réticence similaire de la part de l'assureur dans l'acceptation du risque, du moins sans examen médical.

Vraisemblablement, ces profils seront appelés à subir un examen médical, notamment un test de dépistage du VIH. Ainsi, un homme célibataire sans enfant, coiffeur de profession et demeurant dans un quartier à haute densité gaie, serait le sujet de contrôle, en raison de la présomption d'homosexualité qu'on lui attache⁷⁸.

La personne dont l'assureur soupçonne l'homosexualité sera associée au groupe homosexuel. Le fait que certaines compagnies imposent des examens médicaux, ou pire, refusent des assurés se basant sur des caractéristiques apparemment

⁷⁸Harry Grantham, *supra*, note 69, à la p. 389 ; Benjamin Schatz, *supra*, note 52, aux pp. 1786 et 1787.

homosexuelles, paraît blâmable⁷⁹. Il s'agit là de discrimination basée sur l'orientation sexuelle : elle pénalise les assurés potentiels homosexuels à cause de l'équation suivante : homosexualité - infection au VIH. Or, même si les personnes porteuses du VIH sont encore en majorité homosexuelles, il est erroné de conclure que l'inverse est vrai : la majorité des personnes homosexuelles ne sont pas porteuses du VIH. De plus, la recherche de l'orientation sexuelle entraîne une inéquité envers la population hétérosexuelle présentant des caractéristiques soit disant d'homosexualité. Elle se voit pénalisée par l'étiquette que l'assureur lui appose.

Finalement, ce type de recherche demeure discutable. Beaucoup d'individus risquent de subir une injustice. Cependant, quant à la population d'assurés provenant d'un pays où le SIDA est endémique ou quant à leur conjoint, il semble que la réticence des assureurs à accepter le risque paraît plus justifiée compte tenu des statistiques.

3. Les comportements à risque et les antécédents sexuels

Il est plus approprié de parler de comportements ou de circonstances à risque. Des questions sur les modes de contamination seraient plus concluantes. En effet, la pratique d'une activité à risque élevé est plus déterminante que

⁷⁹Thierry Vansweevelt, *supra*, note 77, à la p. 127 note 384.

l'appartenance à un groupe⁸⁰ relativement à la propagation et la distribution de l'affection. De fait, le VIH se propage de plus en plus parmi la population hétérosexuelle, ne touchant plus exclusivement, ou presque, les personnes homosexuelles⁸¹. Le type de relations sexuelles, les relations anales passives représentant le plus grand danger, la multiplicité de partenaires sexuels, l'injection de drogues intra-veineuses impliquant le plus souvent l'échange de seringues infectées, les déplacements dans les pays où le SIDA est endémique ainsi que le sang contaminé, sont responsables de la propagation croissante parmi la population hétérosexuelle.

Dans le cadre d'une évaluation clinique⁸², il faudrait obtenir des renseignements complets sur les antécédents sexuels de tous les patients, y compris sur leurs pratiques précises et sur tout autre facteur pouvant modifier le risque, ainsi que sur leur consommation de drogues et les voies d'administration.

Ceci veut-il dire qu'il serait justifié que les assureurs

⁸⁰Ontario Law Reform Commission, *Report on Testing for AIDS*, Toronto, 1992 à la p. 33 ; William F. Flanagan, "Equality Rights for People with AIDS : Mandatory Reporting of HIV Infection and Contact Tracing" (1989) 34 McGill L.J. 530 aux pp. 542 à 546 ; Martin Gunderson, David J. Mayo et Frank S. Rhame, *AIDS : Testing and Privacy*, United States of America, University of Utah Press, 1989 aux pp. 173 à 175.

⁸¹Santé Canada, *Le sida au Canada : mise à jour trimestrielle de la surveillance*, *supra*, note 15, à la p. 12 au tableau 3A; on peut percevoir un légère réduction de la proportion de cas de sida dus à des relations homosexuelles. Les catégories "contact hétérosexuel subdivision personne originant d'un pays où l'infection au VIH est endémique" ainsi que "contact hétérosexuel subdivision contact sexuel avec une personne à risque" présentent des proportion de cas de sida à la hausse depuis 1993.

⁸²Groupe d'étude canadien sur l'examen médical périodique, *supra*, note 45, à la p. 323.

exigent réponse à des questions similaires afin de pouvoir mieux évaluer le risque ? La réponse diffère selon le type de questions posées pour deux raisons principales ayant trait à l'intrusion dans la vie privée de la personne et au caractère véridique et pratique des réponses fournies. Nous discutons de ces aspects plus loin⁸³.

Le questionnaire complété et signé, le processus d'examen de l'assurabilité du candidat débute : selon les circonstances, l'assureur requerra des tests de dépistage afin de l'aider dans l'évaluation du risque.

I.2.2. LES TESTS DE DÉPISTAGE EXIGÉS PAR L'ASSUREUR

Les réponses fournies par l'assuré à l'intérieur du questionnaire de la proposition d'assurance influenceront le type de tests demandés.

Nul besoin de spécifier que les tests demandés pour évaluer l'assurabilité d'un client potentiel représentent des coûts, que les compagnies d'assurance entendent évidemment minimiser.

Les types de tests de dépistage, les facteurs dictant leur exigence par l'assureur et leurs buts, de même que le déroulement technique des tests et leur analyse seront décrits.

⁸³Voir la partie III., à la section III.1.1.

a) Les types de tests de dépistage, leurs buts et coûts selon le montant souscrit et les réponses fournies au questionnaire

Selon les réponses obtenues et le montant d'assurance désiré, les tests visent à détecter diverses maladies ou d'autres facteurs de risque auxquels l'assuré est exposé.

Les compagnies d'assurance disposent de trois types principaux de tests de dépistage de différentes maladies ou anomalies. Par ordre croissant d'atteinte à l'intégrité corporelle de l'assuré, ce sont les tests de salive, d'urine et de sang.

Les assureurs recourent aux tests de salive pour détecter notamment la présence de nicotine, les habitudes de toxicomanie et l'infection au virus VIH chez l'assuré potentiel. Dans le cas de plus grands doutes sur la séropositivité de l'assuré, des tests d'urine ou de sang seront exigés. Cette démarche de l'assureur s'inscrit toujours dans la perspective du montant d'assurance demandé par le client. Même si les facteurs de risque que les assureurs cherchent à identifier diffèrent selon les assurés, il n'en demeure pas moins que lorsqu'un échantillon de salive est prélevé, le test du VIH semble automatiquement effectué.

Le type de tests auquel les assurés doivent se soumettre pour que leur proposition d'assurance soit examinée ne varie pas tellement d'une compagnie d'assurance à l'autre, bien que certaines semblent plus exigeantes que d'autres, celles-là exigeant un test d'urine plutôt qu'un test de salive du même assuré et pour un montant d'assurance identique; il s'agit de

leur politique interne. Pour cent mille dollars d'assurance et plus, et ce, indépendamment des réponses données au questionnaire, la plupart des assureurs demanderaient invariablement un test de dépistage du VIH au requérant. En général, on s'entend pour dire que plus le montant souscrit est élevé, plus les compagnies d'assurance utiliseront des tests à valeur prédictive fiable.

b) L'exactitude et la fiabilité des tests utilisés

Pour justifier l'utilisation des tests par l'assureur, il faut qu'ils démontrent une exactitude et une fiabilité acceptables. D'une part, les assureurs y ont un intérêt économique et d'autre part, puisque les assurés potentiels consentent à une atteinte à l'intégrité de leur personne, ceux-ci ont le droit de s'attendre à ce que les tests de dépistage reflètent d'une manière juste leur état de santé et par conséquent leur assurabilité.

Nous l'avons expliqué brièvement précédemment⁸⁴, le milieu médical prélève des échantillons sanguins pour procéder aux tests de dépistage du SIDA qui sont effectués en deux étapes différentes, dont la combinaison donne un taux d'exactitude des cas dépistés de 99,8%.⁸⁵ Dans le domaine de l'assurance, la

⁸⁴Voir texte ci-dessus aux pp. 22 à 24.

⁸⁵Le patient susceptible d'avoir contracté le VIH subit en première étape, le test *ELISA* (tests immuno-enzymatique) qui est très sensible et réactif. Il est aisé à administrer, et de plus est peu coûteux. Par le fait de sa haute sensibilité, ce test donne parfois de faux positifs. C'est alors qu'il faut poursuivre avec la deuxième étape, un test de confirmation : le test *Western Blot* (radio-immunoprécipitation et

fiabilité des résultats aux tests demeure contestable. L'emploi de tests d'urine et de salive sont moins onéreux pour les assureurs en temps, matériel et argent. Cependant, l'exactitude des résultats s'en trouve affectée. De plus, il serait surprenant que l'assureur s'assure que la combinaison des deux étapes soit effectuée avant de refuser la proposition d'assurance. Comme la première étape du test crée de faux séropositifs, un assuré pourrait voir sa proposition injustement rejetée. Que le dépistage du VIH soit effectué au moyen de tests de sang, d'urine ou de salive, il reste que leur fiabilité n'atteindra jamais le 99,8% du milieu médical, à moins, bien entendu, que les compagnies d'assurance suivent exactement le même protocole que le milieu médical.

La proposition d'assurance-vie contient une formule d'"Avis et consentement concernant les tests de sang, d'urine et de salive qui peuvent comprendre la recherche de l'anticorps contre le virus du sida (VIH)", [ci-après l'avis et consentement] que l'assuré doit signer. Elle a un point positif en ce qu'elle affirme que des résultats séronégatifs obtenus à partir d'échantillons de salive ou d'urine ne sont pas concluants, évitant de donner une fausse sécurité à l'assuré. D'autre part, elle prévient que des tests supplémentaires devraient être effectués si les résultats s'avèrent positifs. L'objectif de ce dernier avertissement est de justifier des tests de dépistage ultérieurs. Là s'arrête son rôle. Nous pouvons néanmoins conclure à une exclusion presque automatique du candidat si un résultat séropositif

l'immunofluorescence indirecte), dont le coût est élevé; c'est un test spécifique.

était obtenu lors de la première étape du test exigé par l'assureur, en raison notamment des coûts supplémentaires.

Même si la vérification des tests avec le réseau public de santé démontrait par la suite la séronégativité de l'assuré potentiel, celui-ci n'éprouverait que plus de difficultés à trouver une autre compagnie d'assurance de personnes prête à accepter d'assurer sa vie. Ces renseignements sont inscrits dans son dossier. De plus, comme l'assuré potentiel a signé une formule d'autorisation de communication de ces renseignements, les autres compagnies d'assurance auront accès aux premiers résultats par l'intermédiaire du Bureau des renseignements médicaux, organisme constitué d'une association de compagnies d'assurance de personnes maintenant un registre des renseignements des clients et permettant leur divulgation d'une compagnie à l'autre⁸⁶.

Non seulement la personne dont le résultat du test préliminaire s'est avéré positif essuie-t-elle un rejet de sa proposition d'assurance, mais elle doit assumer seule la démarche de la confirmation des tests. Son droit à l'information sur les tests de dépistage du VIH n'ayant pas été respecté par l'assureur⁸⁷, cette personne se retrouve seule devant la perspective d'une séropositivité peut-être réelle.

⁸⁶Hélène Guay, Bertha M. Knoppers et Isabelle Panisset, *supra*, note 18, aux pp. 212 et 213.

⁸⁷Voir texte ci-dessous à la section II.1.1. sur le droit de l'assuré à l'information sur les tests de dépistage du VIH.

c) Le déroulement technique des tests, l'analyse et la divulgation des résultats

Si le déroulement des tests mérite également attention, c'est que le droit à l'inviolabilité de la personne qui exige une information adéquate de l'assuré est au coeur de cette étape.

Les tests de dépistage, tant ceux de salive que d'urine ou de sang, sont faits par une infirmière travaillant pour plusieurs compagnies d'assurance à la fois. De plus, elle oeuvre souvent en même temps dans le réseau public de santé. Cette infirmière se présente au domicile de l'assuré potentiel, à la demande de la compagnie d'assurance avec laquelle ce dernier fait affaire, pour effectuer le type de test requis. Sous prétexte de ne pas déranger trop longtemps l'assuré requérant, nous avons pu constater que l'infirmière effectue les prélèvements rapidement sans prendre le temps d'informer l'assuré sur les maladies ou anomalies que les tests visent à détecter. Quant aux raisons de faire ceux-ci, elle ne les connaît tout simplement pas... c'est la compagnie d'assurance qui les requiert, un point, c'est tout ! Bien souvent, nous a-t-elle dit, elle a plusieurs assurés potentiels de différentes compagnies à rencontrer dans la même journée. C'est seulement lorsque l'assuré prend l'initiative de s'informer qu'elle regarde sur sa feuille pour lui dire encore plus prestement la nature des tests.

Bref, l'infirmière à l'emploi de la compagnie d'assurance ne remplit pas son devoir d'information vis-à-vis de l'assuré, bien qu'elle soit en mesure d'indiquer à l'assuré si le test

du VIH sera fait. Ne recevant aucune directive de l'assureur à l'effet de renseigner le candidat sur la nature des tests à effectuer, elle omet ces informations; le droit correspondant de l'assuré à l'information n'est pas respecté.

Au moment où l'assuré potentiel subit les tests demandés, il appose sa signature sur un formulaire uniformisé et impersonnel jouant double rôle : obtention du consentement et véhicule d'information sur la nature des tests, sur leur confidentialité, et sur les conséquences des résultats obtenus. La "FORMULE D'AVIS ET DE CONSENTEMENT ÉCRIT CONCERNANT LES TESTS DE SANG, D'URINE ET DE SALIVE" est la suivante :

J'ai lu et compris le document "Avis et consentement concernant les tests de sang, d'urine et de salive qui peuvent comprendre la recherche de l'anticorps contre le virus du sida (VIH)" figurant au verso. Je consens volontairement au prélèvement avec aiguille d'un échantillon de mon sang, l'analyse de tout échantillon de sang, urine et/ou salive que je fournis et à la divulgation des renseignements indiqués ci-dessous et des résultats des tests tel qu'il est décrit au verso. Je confirme que mes échantillons d'urine ou de salive ont été mis chacun dans le contenant approprié scellé au moyen du ruban adhésif inviolable sur lequel j'ai apposé la date et ma signature. J'accuse réception également d'une copie de ce document portant ma signature.

Aucune tentative de la part de la personne à assurer en vue de modifier ou d'amender ce formulaire n'influera sur les termes y afférents ni n'engagera la compagnie d'assurance, un de ses agents ou contractants.

Si un ou plusieurs de mes échantillons risquent d'exposer un préposé aux soins de la santé, je permets qu'ils soient analysés pour déterminer la présence de maladies infectieuses.

Au verso de cette formule requérant la signature du candidat, figure un avis spécifique concernant les différents tests de

dépistage du VIH. Voici ce qui y est inscrit:

AVIS ET CONSENTEMENT CONCERNANT LES TESTS DE SANG,
D'URINE ET DE SALIVE QUI PEUVENT COMPRENDRE
LA RECHERCHE DE L'ANTICORPS CONTRE LE VIRUS DU SIDA (VIH)

L'assureur nommé au recto vous demande de fournir des échantillons de votre sang, urine ou salive, ou une combinaison de ces échantillons, aux fins d'examen et d'analyse, et ceci dans le but de déterminer votre assurabilité. Toutes les épreuves seront exécutées par un laboratoire autorisé.

Sauf si la loi l'interdit, il se peut que l'on pratique des tests de détection des anticorps contre le virus de l'immunodéficience humaine fiables. D'autres tests peuvent être effectués, y compris le dosage et le dépistage du cholestérol et des lipides s'y rapportant, des troubles hépatiques ou rénaux, du diabète, des troubles du système immunitaire, de la nicotine ou de la cotinine, de certains médicaments prescrits et drogues faisant l'objet d'un usage abusif, sans être limités à ce qui précède.

Tous les résultats des tests demeureront confidentiels. Le laboratoire les communiquera à l'assureur seulement; dans le cas de résultat positif concernant une maladie transmissible ou à déclaration obligatoire, selon la définition énoncée dans les lois provinciales, le laboratoire en avisera tout médecin-hygiéniste approprié, tel qu'il est prescrit par la loi.

Si les résultats du test de détection des anticorps anti-VIH sont normaux, vous ne recevrez pas d'avis à cet égard. S'ils ne sont pas normaux, l'assureur peut communiquer avec vous. Votre médecin [sic] ou un prestataire de soins devrait vérifier les résultats positifs et des tests supplémentaires devraient être effectués à

titre de confirmation. L'assureur peut aussi communiquer avec vous s'il croit que les autres résultats anormaux dégagés des tests sont importants. L'assureur peut vous demander le nom d'un médecin ou d'un autre prestataire de soins à qui vous permettrez la divulgation des résultats et avec qui vous pourrez discuter de ceux-ci. Si vous ne donnez pas à l'assureur le nom d'un médecin à qui il peut divulguer les résultats, ou si la divulgation à votre médecin est impossible, l'assureur peut divulguer les résultats à tout médecin-hygiéniste approprié.

Si les résultats de l'épreuve de détection de l'anticorps anti-VIH sont positifs et si les résultats des autres tests indiquent des anomalies importantes, ceci peut avoir des répercussions importantes sur votre proposition d'assurance. Dans un telle éventualité, on vous demandera peut-être de subir d'autres tests de laboratoire, votre demande d'assurance sera peut-être refusée, une prime majorée pourra être imputée ou d'autres modifications de la police pourront s'avérer nécessaires. Des résultats normaux au test de détection des anticorps anti-VIH fait sur un échantillon de salive ou d'urine ne constituent pas une preuve irréfutable d'absence d'infection au VIH. Si vous croyez avoir été exposé à l'infection, consultez votre médecin pour qu'il procède à des analyses supplémentaires.

Devant cette uniformisation du formulaire que tous les assurés potentiels doivent signer, peut-on prétendre que leur consentement au dépistage de diverses maladies ou anomalies, et notamment le VIH, est éclairé et donné à des fins spécifiques, conformément aux prescriptions législatives⁸⁸ et jurisprudentielles ?

Premièrement, il s'agit d'un consentement général à tous

⁸⁸Art. 10 C.c.Q.; *Reibl. c. Hugues*, (1980) D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.).

les tests que l'assureur voudra bien faire effectuer. En effet, l'assureur se réserve le droit d'exiger les tests énumérés, mais sans se limiter à cette énumération. Peu importe le montant souscrit ou les réponses données au questionnaire, tous les assurés potentiels signent la même formule permettant finalement l'exécution de tous les tests. Le droit à l'information de l'assuré sur la nature des tests n'est pas respecté, puisque la formule ne lui indique même pas avec certitude quels tests seront spécifiquement effectués. Le libellé trop général de la formule banalise en fin de compte l'atteinte à l'intégrité corporelle de la personne. Le candidat ne connaît pas véritablement ce à quoi il consent, d'autant plus que l'infirmière à l'emploi de l'assureur ne prend pas le temps de lui indiquer le but et l'utilisation future des prélèvements.

Deuxièmement, le formulaire de consentement aux tests de dépistage signé par l'assuré indique que les tests seront analysés en Ontario au Lab One Canada Inc., qui, par la suite, communiquera les résultats à la compagnie d'assurance. Selon l'"Avis et consentement concernant les tests", l'assureur se permet de communiquer directement avec l'assuré si les tests du VIH sont anormaux. En ce cas, l'assureur lui suggère de faire vérifier les résultats de ces tests auprès d'un médecin. De plus, l'assureur avertit qu'il pourra demander à l'assuré le nom d'un médecin de son choix afin de permettre à l'assureur de lui divulguer les résultats des tests, à défaut de quoi, l'assureur se donne le droit de les communiquer à un médecin de son choix. Légalement, l'assureur peut communiquer ces résultats à un tiers, -un médecin- à la condition que

l'assuré ait donné un consentement manifeste, libre, éclairé et donné à des fins spécifiques⁸⁹.

Ce qui ressort de cet avis, c'est que le nom du médecin traitant de l'assuré n'est pas toujours demandé. Dans le moins sombre des scénarios, si jamais les tests du VIH se révélaient positifs, l'assureur pourrait informer l'assuré de sa condition séropositive et lui suggérer de voir son médecin à qui il divulguerait les résultats.

La situation la plus susceptible de survenir est que l'assureur rejette la proposition sans aviser l'assuré de quoi que ce soit. Pour un candidat se croyant en bonne santé, une réponse de "non assurabilité" suscitera des questions angoissantes. Pour connaître les raisons du rejet de sa proposition, l'assuré devra entreprendre des démarches d'accès à son dossier qui ne sont pas toujours aisées. En effet, bien qu'une obligation légale pour les assureurs existe quant à l'information de l'assuré relativement à son droit d'accès au dossier le concernant, la formule d'avis et de consentement préparée par les assureurs ne le mentionne pas.

Finalement, l'assurabilité d'un assuré dépendra des résultats obtenus au moyen des tests. Des conséquences s'ensuivent et il faut que l'assuré potentiel en prenne conscience avant de passer les tests de dépistage du VIH.

Les questionnaires complétés par l'assuré et les résultats aux tests de dépistages exigés ainsi que d'autres recherches fournissent des renseignements personnels sur l'assuré dont la cueillette, la détention, l'utilisation et la communication par

⁸⁹Articles 13 et 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.Q. 1993, c. 17.

l'assureur est encadrée par la loi, comme nous le verrons dans la prochaine section.

I.2.3. LES DÉMARCHES D'ENQUÊTES : la cueillette, la détention, l'utilisation et la communication des renseignements personnels par l'assureur

Toute enquête, pour s'effectuer dans la légalité et la légitimité doit pouvoir démontrer qu'elle respecte la vie privée des sujets et assurer la confidentialité des renseignements recueillis.

Au Québec, le droit à la vie privée est consacré par l'article 5 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, renforcé par les articles 35 à 41 du C.c.Q. et par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁹⁰ visant la confidentialité et l'accessibilité des renseignements personnels⁹¹, qui sont entrés en vigueur le 1er

⁹⁰L.Q. 1993, c.17 [ci-après la *Loi sur la protection* ou la *Loi*.]

⁹¹Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, la cueillette, la détention, l'utilisation et l'accessibilité des dossiers constitués dans le secteur privé étaient encadrés, dans certains cas, par le *Code des professions* et ses règlements d'application. Par exemple, en ce qui concerne les renseignements médicaux, le *Code de déontologie des médecins* crée pour le médecin des obligations d'information, de discrétion, de confidentialité, de conservation des dossiers médicaux, et de respect du secret professionnel.

Quant au secteur public, il se dotait d'un encadrement législatif le 22 juin 1982 par une loi adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale, intitulée la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, par laquelle on voulait assurer le contrôle de l'information contenue dans les dossiers constitués.

janvier 1994.

La *Loi sur la protection* constitue une première au Canada, en ce qu'elle élabore un cadre législatif relatif à la cueillette, la détention, l'utilisation et la communication des renseignements personnels⁹² qu'une personne fait à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 du *Code civil du Québec*⁹³. La personne qui effectuerait ces opérations, sans le faire à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise, demeurerait toutefois soumise à l'article 37 du C.c.Q.⁹⁴, disposition similaire concernant la constitution de

⁹²Danielle Parent, "La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé : une jurisprudence naissante " dans *Congrès du Barreau du Québec 1995*, Service de la formation permanente, Montréal, 31 à la p. 35.

⁹³Art. 1525 al.3 du C.c.Q. " Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services." La notion d'entreprise de l'article 1525 du *Code civil du Québec* ne cause pas problème pour notre étude. Il est clair que l'entreprise en assurance entre dans le cadre d'application de la loi.

Le champ d'application de la loi se trouve à l'article 1.

1. "La présente loi a pour objet d'établir, pour l'exercice des droits conférés par les articles 35 à 40 du *Code civil du Québec* en matière de protection des renseignements personnels, des règles particulières à l'égard des renseignements personnels sur autrui qu'une personne recueille, détient, utilise ou communique à des tiers à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 du *Code civil du Québec*.

Elle s'applique à ces renseignements quelle que soit la nature de leur support et quelle que soit la forme sous laquelle ils sont accessibles : écrite, graphique, sonore, visuelle, informatisée ou autre.

La présente loi ne s'applique pas à la collecte, la détention, l'utilisation ou la communication de matériel journalistique à une fin d'information du public."

⁹⁴René Laperrière, "La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (L.Q. 1993, c. 17) : Commentaire et guide d'interprétation" dans René Côté et René Laperrière, *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit*

dossier, la cueillette de renseignements pertinents, l'obtention du consentement de l'intéressé pour la communication des renseignements à des tiers, et protégeant le droit à la vie privée de l'intéressé et sa réputation. Comme elles recueillent, détiennent, conservent ou communiquent les renseignements personnels des assurés à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise, les compagnies d'assurance entrent dans le cadre de l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*.

a) Généralités

Tout renseignement personnel est protégé, quel qu'en soit le support⁹⁵. Que les compagnies d'assurance conservent les renseignements sur support informatique ou sur papier, cela importe peu.

Est un renseignement personnel, tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier⁹⁶.

Ainsi, la Commission d'accès à l'information a décidé que

québécois et comparé, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 141 à la p. 143. Art. 37 C.c.Q. "Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec sa constitution; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation."

⁹⁵Article 1 al.2 de la *Loi sur la protection des renseignements dans le secteur privé*.

⁹⁶Article 2 de la *Loi*.

des notes portées au dossier d'une personne permettent de la définir et servent dans le processus décisionnel vis-à-vis de son cas⁹⁷. Elle s'exprime ainsi :

En somme, est personnel, aux yeux de la loi, un renseignement qui cerne les caractéristiques d'un individu : il se définit par rapport à cette personne et à celle-là seulement. C'est une donnée objective qui fonde son existence sur un être en chair et en os. [...] Les opinions d'un auteur, ses observations, les notations sur les faits et gestes d'une personne ne peuvent être qualifiées que de renseignements personnels. Cette notion n'implique nullement la communication, dans un sens ou dans l'autre, de ces données, de ces éléments ou bribes d'information.

La Cour du Québec, le tribunal d'appel, a confirmé cette opinion⁹⁸. De plus, le caractère litigieux d'un dossier ne fait pas perdre le caractère personnel des renseignements qui s'y retrouvent⁹⁹.

⁹⁷Selon les décisions de la Commission d'accès à l'information, des notes de services échangées entre employés, des notes administratives et un dossier litigieux constituent des renseignements personnels. Voir *Stébenne c. Assurance-Vie Desjardins*, CAI, dossier 94 03 66, M. le commissaire Paul-André Comeau, 16 décembre 1994 ;

⁹⁸*Assurance-vie Desjardins Laurentienne c. Stébenne*, [1995] C.A.I. 416 (C.Q.). La Cour du Québec a confirmé le caractère personnel de ces notes au sens de la loi, précisant qu'il importe peu que la communication soit interne ou externe, ou qu'on utilise différents types de support. De plus, dans *X. c. Centre médical Boucherville*, [1995] C.A.I. 360 (Rapport d'enquête), le dossier médical d'une personne constitue une source de renseignements personnels.

⁹⁹*Harris c. Aéroports de Montréal*, C.A.I., dossier 94 02 58, Mme la commissaire Laurie Miller, 9 septembre 1994.

b) La cueillette des renseignements personnels: l'ouverture du dossier de l'assuré

La constitution d'un dossier sur l'assuré requiert deux étapes. Premièrement, pour être conforme à la loi, elle doit pouvoir se justifier par un intérêt sérieux et légitime que possède l'assureur. Le législateur ne définit pas cet intérêt sérieux et légitime. Sa qualification de cet intérêt dépendra de l'intervention de la Commission d'accès à l'information¹⁰⁰, saisie d'un litige exigeant l'interprétation de cette notion. Selon nous, l'assureur ne doit entreprendre une démarche positive d'ouverture de dossiers que si l'assuré éventuel souscrit à une proposition d'assurance.

L'assureur devra inscrire l'objet du dossier, qui sera considéré comme en faisant partie¹⁰¹ et ce, nous le pensons, pour rendre également cette information accessible, afin de permettre à la personne sur laquelle un dossier a été constitué d'évaluer si son dossier sert un intérêt sérieux et légitime qui en lien direct avec l'objet pour lequel le dossier a été créé.

Évidemment, les compagnies d'assurance-vie peuvent constituer un dossier sur leurs assurés potentiels à partir de renseignements recueillis par les questionnaires adressés à

¹⁰⁰À ce jour, aucune décision de la Commission ne donne de définition à cette expression. Selon l'auteur René Laperrière, "il devrait résulter un certain lien juridique, économique ou social entre l'entreprise ou la personne fichée." Voir René Laperrière, "La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (L.Q. 1993, c. 17) : Commentaire et guide d'interprétation", *supra* note 94 à la p. 150.

¹⁰¹Art. 4 de la *Loi sur la protection*.

l'assuré, l'examen médical et les renseignements communiqués par des tiers. La limite à la constitution du dossier concerne le contenu de ce dossier. Ainsi, l'article 5 de la *Loi* n'autorise que la cueillette de renseignements nécessaires à l'objet du dossier, soit l'évaluation du risque que représente l'assuré éventuel ou la cause du sinistre. De même, le législateur a omis de définir le critère de nécessité, laissant aux entreprises, dont les compagnies d'assurance, toute discrétion. Il est permis de penser que les renseignements exigés doivent être directement en rapport avec la fin poursuivie, soit la détermination du risque que représente l'éventuel assuré. Le questionnaire se modèle nécessairement selon cette approche ; l'examen médical et les renseignements fournis par les tiers doivent être en relation avec le but de l'enquête. L'alinéa 2 de l'article 5 précise que la cueillette doit s'effectuer par des moyens licites. Nous sommes d'avis qu'une compagnie d'assurance-vie contreviendrait à cette disposition, si par exemple, elle effectuait un test de dépistage du VIH sans obtenir préalablement un consentement libre et éclairé, si elle employait des techniques d'enquêtes qui violent le droit à la vie privée des assurés, par exemple, la prise de photographies, ou encore si elle cherchait à obtenir tous les dossiers médicaux antérieurs sans justification.

La règle générale édictée par l'article 6 al.1 de la *Loi* veut que l'assureur ne recueille de renseignements personnels qu'auprès de l'assuré concerné, à moins que l'assuré n'y ait consenti. Par exception, les assureurs peuvent en recueillir auprès de tiers sans avoir obtenu préalablement le consentement

de l'assuré, mais à certaines conditions¹⁰².

L'article 8 de la *Loi* prévoit l'obligation pour l'assureur, lorsqu'il constitue un dossier sur l'assuré, de l'informer de l'objet du dossier, de l'utilisation des renseignements et des catégories de personnes qui y auront accès, de l'endroit où le dossier sera détenu ainsi que des droits d'accès ou de rectification. Nous soumettons que, le législateur n'ayant rien prévu quant à la forme de cette information, l'assureur constituant un dossier sur l'assuré ayant signé une proposition d'assurance, aura satisfait aux exigences de l'article 8 de la *Loi*, s'il informe verbalement la personne concernée des éléments décrits à cet article.

c) Les enquêtes de l'assureur auprès de tiers

Les compagnies d'assurance peuvent recueillir des renseignements personnels auprès de tiers si l'assuré y consent¹⁰³. La nature de ce consentement n'est pas indiquée à cette section portant sur la collecte des renseignements personnels. Cependant, nous soumettons que ce consentement devrait répondre aux caractéristiques de l'article 14 de la *Loi*¹⁰⁴, soit être manifeste, libre, éclairé et donné à des fins

¹⁰²Art. 6 al.3 par.2.

¹⁰³Art. 6 al.1.

¹⁰⁴Art. 14 de la *Loi sur la protection*. "Le consentement à la communication ou à l'utilisation d'un renseignement personnel doit être manifeste, libre, éclairé et être donné à des fins spécifiques. Ce consentement ne vaut que pour la durée nécessaire à la réalisation des fins pour lesquelles il a été demandé."

spécifiques. En effet, si la cueillette s'effectue auprès de tiers, cela a comme corrolaire que ce tiers communiquera les renseignements personnels qu'il détient. Or, ce dernier ne peut communiquer aux compagnies d'assurance les renseignements personnels qu'il détient sans que l'assuré y ait consenti et ce, conformément à l'article 13 de la *Loi*¹⁰⁵. Afin d'éviter que les tiers -un autre assureur, le Bureau des renseignements médicaux, un établissement de santé ou un médecin traitant- visés par la demande de renseignements ne soient obligés d'obtenir eux-mêmes le consentement de l'assuré, et ce, à chaque fois qu'un assureur requerrait la communication de renseignements personnels, l'article 15 de la *Loi* a prévu la possibilité que ce consentement puisse être donné par la personne concernée directement à l'assureur¹⁰⁶.

L'alinéa 3 de l'article 6 de la *Loi* permet de recueillir des renseignements personnels en passant outre au consentement de l'assuré, quand il s'agit de recueillir des renseignements auprès de tiers, par exemple auprès d'établissements de santé. Pour ce faire, la compagnie d'assurance-vie doit avoir un intérêt sérieux et légitime, en plus de démontrer que la cueillette est nécessaire pour s'assurer de l'exactitude des

¹⁰⁵Art. 13 de la *Loi sur la protection*. "Nul ne peut communiquer à un tiers les renseignements personnels contenus dans un dossier qu'il détient sur autrui ni les utiliser à des fins non pertinentes à l'objet du dossier, à moins que la personne concernée n'y consente ou que la présente loi le prévoit."

¹⁰⁶Art. 15 de la *Loi sur la protection*. "Le consentement à la communication par un tiers de renseignements personnels peut être donné par la personne concernée à la personne qui les recueille auprès de ce tiers."

renseignements¹⁰⁷. Dans *X. c. Banque Royale du Canada*¹⁰⁸, la Commission d'accès à l'information a donné une interprétation restrictive à l'article 6 al. 3 par. 2, puisqu'il constitue une exception au principe de la protection des renseignements personnels. Elle a été d'avis que cette disposition ne peut être invoquée dans la situation où une entreprise détient déjà l'information et désire en vérifier la véracité. En aucun cas, elle ne peut utiliser la disposition afin d'obtenir des renseignements par ailleurs inconnus. Une interprétation large viserait à contourner les prescriptions des articles 13 et suivants quant au consentement exigé de la personne concernée.

Les cas où les compagnies d'assurance pourraient recueillir des renseignements auprès de tiers sans le consentement de la personne se trouvent, par conséquent, restreints par la loi.

De plus, en vertu de l'article 7¹⁰⁹, l'assureur est tenu d'inscrire dans le dossier de l'assuré la source des renseignements qu'il recueille auprès de tiers si ce tiers est une personne qui exploite une entreprise. Cette inscription

¹⁰⁷Art. 6 al.2 et 3 par.2 "Toutefois, elle peut, sans le consentement de la personne concernée, recueillir ces renseignements auprès d'un tiers si la loi l'y autorise.

Elle peut faire de même si elle a un intérêt sérieux et légitime et si l'une ou l'autre des conditions suivantes se réalise :

[...]

2- la cueillette auprès d'un tiers est nécessaire pour s'assurer de l'exactitude des renseignements."

¹⁰⁸[1995] C.A.I. 371. [rapport d'enquête].

¹⁰⁹Art. 7 "La personne qui constitue un dossier sur autrui ou y consigne des renseignements personnels doit, lorsqu'elle recueille de tels renseignements auprès d'un tiers et que ce tiers est une personne qui exploite une entreprise, inscrire la source de ces renseignements.

Cette inscription est considérée faire partie du dossier de la personne concernée."

fera partie du dossier de la personne concernée¹¹⁰, en raison de l'accès que le législateur veut faciliter.

La *Loi* ne prévoit pas d'obligation d'information du changement d'objet du dossier ; l'auteur René Laperrière doute que les entreprises, dont les compagnies d'assurance, passent outre au consentement de l'assuré prévu à l'article 13, afin d'utiliser les renseignements selon le nouvel objet qu'ils auraient créé¹¹¹, sans en avertir la personne. On peut penser, par exemple, à l'échange de renseignements personnels entre les assureurs et les employeurs à travers un marché d'informations. Cependant, en vertu des articles 12 et 14 de la *Loi*, cette pratique est contestable. L'article 12 prévoit que "l'utilisation des renseignements contenus dans un dossier n'est permise, une fois l'objet du dossier accompli, qu'avec le consentement de la personne concernée, [...]" ; l'article 14 énonce les caractéristiques du consentement¹¹². Pour l'instant, il semblerait qu'assureurs et employeurs échangent des renseignements, s'autorisant de la formule signée par l'assuré par laquelle ce dernier donne son consentement à la communication de renseignements. Toujours que les fins pour lesquelles un consentement est donné demeure l'évaluation du risque ou des causes du sinistre, sans plus.

¹¹⁰Art. 7 al.2.

¹¹¹René Laperrière, *id.*, note 94.

¹¹²*Supra*, note 104.

d) La détention, l'utilisation et la communication des renseignements personnels par l'assureur

À travers le processus de traitement des renseignements, les assureurs qui détiennent, utilisent ou communiquent des renseignements personnels, ont une obligation de protéger leur confidentialité par l'adoption de mesures de sécurité¹¹³. La Loi ne contient pas de pouvoir de réglementation attribué au gouvernement ou à la Commission d'accès à l'information autre que celui relatif aux frais¹¹⁴.

Pour utiliser les renseignements recueillis, une fois l'objet du dossier accompli¹¹⁵, ou pour communiquer à des tiers ces informations¹¹⁶, la loi requiert le consentement manifeste, libre, éclairé et donné à des fins spécifiques¹¹⁷, de la personne concernée. De plus, si lors de la cueillette, la compagnie d'assurance désire qu'un tiers lui communique des renseignements, ce consentement peut lui être donné directement, comme nous l'avons vu précédemment.¹¹⁸

De plus, lors de la prise de décision quant à l'acceptation du risque, l'assureur détenant un dossier sur l'assuré ne doit se baser que sur des renseignements à jour et

¹¹³Art. 10 de la *Loi sur la protection*.

¹¹⁴Art. 90 de la *Loi sur la protection*.

¹¹⁵Art. 12 de la *Loi sur la protection*.

¹¹⁶Art. 13 de la *Loi sur la protection*.

¹¹⁷Art. 14 de la *Loi sur la protection*.

¹¹⁸ Art. 15 de la *Loi sur la protection*.

exacts. Il apparaît que des renseignements périmés ou erronés pourraient être communiqués à l'assureur, car leur exactitude est requise uniquement lors d'un processus de décision. L'assureur a donc une responsabilité de vérifier l'exactitude de tous les renseignements fournis par un tiers. Par exemple, si des problèmes comme des diarrhées ou vomissements fréquents ou un taux de globules blancs faible ont déjà existé, mais ont disparu depuis plusieurs années, l'assureur ne pourrait se laisser influencer par ces renseignements médicaux.

Il revient aux compagnies d'assurance d'assurer le respect de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* par des directives internes, car la *Loi* n'a prévu aucun pouvoir de réglementation. De plus, elle contient des énoncés vagues et des concepts non définis.

Basée sur les principes établis du droit des assurances, notamment les lois de la statistique, la pratique de l'assurance-vie est appelée à s'ajuster constamment en tenant compte des progrès de la médecine dans la recherche d'un remède à l'affection du SIDA.

Il demeure qu'actuellement la principale préoccupation démontrée par les compagnies d'assurance-vie face à la problématique du SIDA en est une de détection de son virus, le VIH, tout en essayant de respecter les obligations légales qui leur sont imposées à l'occasion de l'élaboration des questionnaires du contrat d'assurance-vie, des tests de dépistage et de leurs démarches d'enquêtes. À chaque obligation de l'assureur correspond un droit pour l'assuré. L'enjeu du VIH/SIDA ayant été examiné sous l'angle de l'intérêt financier de l'assureur¹¹⁹, nous passons maintenant à la

deuxième partie de cet essai, les droits de l'assuré et leur protection.

¹¹⁹Voir cependant l'article suivant faisant état de la préoccupation grandissante de certaines compagnies d'assurance-vie et d'autres organisations vis-à-vis la couverture d'assurance-vie dont bénéficie les assurés. "Richard Fournier du Groupe vie Desjardins-Laurentienne, confirme que depuis 1989 les compagnies d'assurance-vie offrent une forme de "règlement partiel anticipé" pour ceux dont l'espérance de vie ne dépasse pas deux ans; l'assuré peut alors récupérer de 33 à 50% de la valeur de sa police, dont il demeure le propriétaire." Claude Turcotte, "La Bourse ou la mort : le sida a donné naissance à un nouveau type d'institutions financières" *Le Devoir* [de Montréal] (25 janvier 1997) C1.

PARTIE II : LES DROITS DE L'ASSURÉ ET LEUR PROTECTION

Cette deuxième partie analysera les droits de l'assuré et examinera la pratique de l'assurance-vie à travers une approche concrète. Nous présentons l'encadrement légal de ces droits et ses lacunes, les directives internes de l'association des compagnies canadiennes d'assurance de personnes (ACCAP), les formules utilisées dans les contrats d'assurance et certaines expériences de souscription d'assurance afin de dresser le tableau le plus complet possible. Nous verrons notamment le droit à l'inviolabilité de la personne, le droit à la vie privée et à la confidentialité des renseignements personnels, le droit à la non-discrimination et le droit d'accès de l'assuré aux dossiers le concernant. L'idée directrice est de mettre en lumière ces droits de la personne qui, bien souvent, cèdent le pas devant des considérations économiques et financières.

II.1. LE DROIT À L'INVIOLABILITÉ DE LA PERSONNE

Le droit à l'inviolabilité de la personne ou à l'intégrité corporelle signifie que nul ne peut porter atteinte à une personne sans son consentement libre et éclairé. La notion d'atteinte est vaste ; que les prélèvements soient effectués pour le bien de la personne, qu'ils soient indolores et sans conséquence physique ou psychologique n'importent pas. Ils sont tout de même une atteinte à l'inviolabilité de la personne et ils requièrent un consentement libre et éclairé. Le devoir

d'information relatif à tous traitements ou tests administrés est bien connu du milieu médical. Le domaine de l'assurance doit également se soumettre à cette obligation par une information adéquate et complète sur les tests de dépistage du VIH exigés et par une communication des résultats respectant l'assuré.

II.1.1. LE DROIT DE L'ASSURÉ À L'INFORMATION SUR LES TESTS DE DÉPISTAGE DU VIH

L'assureur fait passer à l'assuré potentiel une batterie de tests afin d'évaluer le risque auquel ce dernier est exposé. Un seul échantillon de salive, d'urine ou de sang est nécessaire et le prélèvement est indolore. Au plan physique, l'assuré ne souffre pas de cette atteinte à son intégrité corporelle. Cependant, le consentement libre et éclairé est au coeur des tests de dépistage du VIH requis par l'assureur. Nous verrons donc premièrement le fondement de l'obligation d'information du professionnel de la santé pour faire un parallèle avec l'obtention par l'assureur du consentement de l'assuré.

a) Le fondement de l'obligation d'information du professionnel de la santé

Le principe de l'inviolabilité et de l'intégrité de la personne, consacré par l'article 7 de la *Charte canadienne des*

droits et libertés de la personne¹²⁰, par l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹²¹, et par les articles 3 et 10 du *Code civil du Québec*, protègent la personne contre les atteintes non désirées à l'intégrité corporelle. L'article 10 C.c.Q. est une disposition chapeautant le chapitre I du titre deuxième, qui s'intitule "De l'intégrité de la personne". Ces articles 3 et 10 C.c.Q. se lisent ainsi:

3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

Le législateur a placé au centre de toute intervention sur la personne le consentement libre et éclairé. Il est nécessaire pour justifier une atteinte à l'intégrité tant physique que morale. Les articles 11 et suivants C.c.Q. encadrent ce consentement. Ainsi, selon l'article 11, nul ne doit soumettre une personne à des soins, -le terme "soins" étant entendu dans un sens large¹²², - sans avoir obtenu son consentement. De plus, le *Code de déontologie des médecins* énonce explicitement,

¹²⁰Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11 [ci-après la *Charte canadienne*].

¹²¹L.R.Q., c. C-12.

¹²²*Code civil du Québec: Commentaires du ministre de la justice*, Montréal, Publications Dacfo, 1993 à la p. 39.

à l'article 2.03.28, que le médecin doit obtenir une autorisation libre et éclairée de son patient avant de procéder à une investigation, à un traitement ou à une recherche¹²³. Ce Code, étant un règlement devant s'interpréter en harmonie avec le C.c.Q., comprend toute investigation, dont entre autres les tests de dépistage du VIH imposés par les compagnies d'assurance de personnes. Du consentement libre et éclairé que le médecin doit obtenir découle une obligation d'information envers le patient¹²⁴. De plus, l'article 2.03.31 par.a)¹²⁵ dispose que "le médecin contrôleur ou le médecin expert qui examine un patient doit: "a) faire connaître à son patient le but de son travail", insistant sur l'obligation de renseigner qu'a un tel type de médecin.

L'arrêt de la Cour suprême *Reibl c. Hughes*¹²⁶ fixe les critères du consentement nécessaire pour toute atteinte à l'intégrité de la personne. Le consentement doit être donné

¹²³Art. 2.03.29 *Code de déontologie des médecins*. "Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant ou les personnes dont le consentement peut être requis par la loi ont reçu les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer."

¹²⁴*Idem*.

¹²⁵Art. 2.03.31 *Code de déontologie des médecins*. "Le médecin contrôleur ou le médecin expert qui examine un patient doit:

- a) faire connaître à ce patient le but de son travail ;
- b) s'abstenir d'obtenir de ce patient ou de lui faire toute révélation ou interprétation non pertinente à son travail ;
- c) s'abstenir, à moins qu'il n'y ait juste cause, d'une parole ou d'un geste susceptible de diminuer la confiance du patient envers son médecin ;
- d) communiquer son rapport à la personne ou à l'organisme qui a demandé l'examen de contrôle ou l'expertise."

¹²⁶(1980) 114 D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.).

par une personne apte à consentir, être libre, éclairé et donné pour un acte ou une série d'actes spécifiques¹²⁷.

De plus, selon l'article 24 du C.c.Q. le consentement écrit de l'assuré potentiel est requis pour permettre au professionnel de la santé travaillant pour l'assureur de procéder à l'examen médical.

Dans le contexte de l'assurance, le test de dépistage du VIH est un test diagnostique destiné strictement à l'évaluation du risque que représente l'assuré. Bien qu'il soit requis afin de vérifier l'état de santé de ce dernier, il est effectué avant tout dans l'intérêt de la compagnie d'assurance.

b) L'obtention du consentement de l'assuré

La nécessité du consentement aux tests de dépistage du VIH afin d'obtenir l'assurance-vie élimine-t-elle le caractère libre du consentement ? De plus, l'obtention d'un consentement éclairé exige-t-elle que l'assureur lui-même, ou par l'intermédiaire de l'infirmière effectuant le test de dépistage ou le médecin, informe le client potentiel de la nature, du but et des conséquences de l'examen médical et, partant, qu'il lui déclare tous les tests qu'il lui fera subir ?

Concernant le caractère libre du consentement, sans doute dira-t-on que celui qui sollicite un emploi ou une prestation de service telle l'assurance, accepte de se soumettre volontairement aux conditions imposées par le cocontractant.

¹²⁷Art. 10 C.c.Q.

Reprenant les propos de l'auteur Jean-Luc Fagnart¹²⁸, "[m]ais précisément, cette idée même ne réduit-elle pas à un pur formalisme le caractère volontaire du consentement ?"

Quant au consentement éclairé, il serait superflu de donner toutes les informations concernant chacun des tests comme celui du diabète, du taux de cholestérol, de la glycémie, etc. auxquels l'assuré sera soumis. Qu'en est-il du test de dépistage du VIH?

1. Consentement libre

Un consentement qui n'est pas libre signifie qu'il a été obtenu dans des conditions où la personne ne l'a pas donné tout à fait volontairement. Ainsi, si pour obtenir un bien ou un service essentiel, le consentement devient nécessaire, alors la qualification de consentement libre ne s'applique pas. Pour obtenir de l'assurance-vie, l'assuré est obligé de donner son consentement aux tests de dépistage du VIH s'il en est requis.

Pourrait-on voir là une menace au caractère libre du consentement aux tests de dépistage du VIH ? Premièrement, l'assurance-vie au Canada n'est pas un service essentiel, bien qu'elle constitue un véhicule financier important et utile¹²⁹. Comme il y a bien d'autres moyens de pourvoir à la sécurité financière des gens à notre charge, l'argument pouvant se

¹²⁸Jean-Luc Fagnart, *Le SIDA : un défi aux droits*, Bruxelles, Bruylant, 1991 à la p. 696.

¹²⁹Discussion dans Martin Gunderson, David J. Mayo et Frank S. Rhame, *AIDS : Testing and Privacy*, *supra* note 80 aux pp. 178 et 179.

fonder sur la nécessité de souscrire à une police d'assurance-vie perd de son poids. Même si ce consentement est obligatoire afin d'obtenir de l'assurance-vie, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est nullement essentielle, bien qu'utile. Par surcroît, elle ne remplit pas de rôle social en matière de santé.

Deuxièmement, le candidat à l'assurance-vie, en répondant au questionnaire et en acceptant de se soumettre à des tests de dépistage, renonce à une partie de sa vie privée. Afin de déterminer si ce consentement est libre, il faut examiner le caractère raisonnable de l'exigence de tests de dépistage du VIH en regard du bienfait recherché par l'assuré et des raisons motivant l'assureur qui les requiert¹³⁰. Or, ces tests apparaissent légitimes étant donné leur pertinence dans l'évaluation du risque. L'assuré peut obtenir la protection financière qu'il recherche.

2. Consentement éclairé ¹³¹

Le consentement de la personne testée peut-il être implicite ? Certains professionnels de la santé prétendent que le seul geste de se soumettre à une prise de sang de routine

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ Ontario Law Reform Commission, *Report in Testing for AIDS*, *supra* note 80 aux pp. 20-27; Comparer avec le consentement en emploi de Véronique L. Marleau, "L'imposition de tests de dépistage du SIDA aux médecins oeuvrant en milieu hospitalier: Quand la légalité procède de l'éthique" (1992) 32:1 Bull. Corp. prof. des médecins du Québec aux pp. 20-22.

est suffisant pour permettre un test de dépistage du VIH¹³². Les tenants de cette opinion invoquent le risque minimal de dommage physique à la personne, un test supplémentaire sur le reste de l'échantillon déjà prélevé ne nuisant pas à la personne. Ils écartent l'obligation d'information du patient, même s'il y a un possible désavantage au niveau de l'impact social. Certains iraient même jusqu'à dire que le SIDA serait une affection "politically protected"¹³³. Du côté des assureurs, ce sont sensiblement les mêmes arguments qui sont invoqués.

Le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario¹³⁴, les directives de la Croix-Rouge¹³⁵ et le monde médical soutiennent que la nature du test du VIH, son but et ses conséquences doivent être expliqués à une personne désirant le subir. Ces divers intervenants s'accordent sur l'importance primordiale d'obtenir le consentement du patient avant de

¹³²Gerald D. Chipeur, "Blood Testing without Consent : the Right to Privacy versus the Right to Know (Part I)" (1993) 12 Med. Law 521 à la p. 528. De plus, certains ajoutent que du seul fait de l'admission à l'hôpital, le patient consent implicitement aux tests de dépistage du VIH de routine. Voir Melissa Gillespie, *supra* note 38 à la p. 380.

¹³³*Ibid.* Gerald D. Chipeur à la p. 528; l'auteur rapporte que certains professionnels de la santé entretiennent cette idée.

¹³⁴Ontario Law Reform Commission, *supra*, note 80, aux pp. 21 et 22. "The nature and the purpose of the proposed treatment, as well as the significant risks and benefits, must be disclosed. The patient must be apprised, for example, of "material and special risks" related to the treatment that might influence a reasonable person in the patient's position."

¹³⁵*Ibid.* à la p. 43.

procéder à ce type de test¹³⁶.

Nous croyons que cette même exigence s'applique en matière d'assurance de personnes afin d'obtenir un consentement éclairé et ce, parce que des résultats positifs à un tel test entraînent de graves conséquences sur les plans physique, moral et social de la vie d'une personne¹³⁷.

3. Consentement donné à des fins spécifiques

Les principaux tenants du consentement implicite demeurent

¹³⁶Groupe d'étude canadien sur l'examen médical périodique, "L'examen médical périodique mise à jour 1992", *supra*, note 45, à la p. 323; Richard Boyer et als, "Sondage auprès des participants au congrès "Le SIDA : comment être à la hauteur du défi ?" (1992) 32 :1 Bull. Corp. prof. médecins 12 à la p. 14. T. Vansweevelt, *supra* note 74 à la p. 123; Lorne E. Rozovsky, *AIDS and Canadian Law*, Markham, Ontario, Butterworths, 1992 aux pp. 7-11; Julie Hamblin et Margaret A. Somerville, "Surveillance and Reporting of HIV Infection and AIDS in Canada :Ethics and Law", (1991) 41 Univ. Toronto L. J. 224 aux pp. 240 et 241.

Au sujet des études épidémiologiques, le Federal Centre for AIDS Working Group on Anonymous Unlinked HIV Seroprevalence Research à Ottawa considère que les études épidémiologiques de séropositivités sur des populations de personnes non identifiées et non identifiables peuvent être distinguées des tests de dépistage d'individus. C'est au nom de la validité scientifique des résultats que l'on passe outre au consentement. Cette pratique serait admissible seulement sur des restes de sang qui ne pourraient jamais être reliées à l'individu comme tel. Ontario Law Reform Commission, *supra*, note 80, à la p. 43; La Croix-Rouge canadienne distribue aux donateurs de sang un questionnaire sur leur état de santé pour faciliter leur auto-exclusion. Ils doivent signer une formule qui démontre leur compréhension que leur sang sera testé pour le VIH. En plus, les donateurs peuvent signer une formule qui exclut leur sang à des fins de transfusion et ce, confidentiellement. Tous les donateurs sont informés explicitement que leur sang sera testé en plus d'informations par écrit sur le SIDA, ses modes de transmission, la signification d'un résultat séropositif et la façon que la donneur sera informé du résultat.

¹³⁷ Le Rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario fait état des conséquences énumérées par l'auteur, *supra*, note 80, à la p. 23.

les assureurs de personnes. Selon leur argument, le seul fait qu'un assuré éventuel se soumette volontairement à un examen médical fait présumer de son consentement à subir une batterie de tests, incluant les tests de dépistage du VIH. Pour eux, ces tests ne présentent aucune différence d'avec les autres tests de dépistage puisqu'ils sont nécessaires à l'évaluation du risque en assurance de personnes¹³⁸.

Même si les lignes directrices de l'ACCAP n'exigent pas que chaque assureur remplisse son obligation d'information adéquatement afin d'obtenir un consentement libre et éclairé, elles suggèrent que le consentement écrit de l'assuré relativement aux tests de dépistage du VIH soit obtenu. De plus, l'ACCAP a émis en 1987 des lignes directrices relativement à la sélection des risques relativement au SIDA et à la souscription d'assurance-vie et d'assurance-maladie. Selon les informations fournies par l'ACCAP, elles n'ont subi aucune modification.

La ligne directrice no.3 se lit ainsi:

3. Consentement de l'assuré éventuel
Avant tout prélèvement de sang, il faudrait obtenir le consentement écrit de l'assuré éventuel concernant les tests d'exposition au VIH.

La ligne directrice no.3 ne prévoit qu'un consentement écrit de l'assuré pour lui faire subir ce test et ce, conformément à l'article 24 du C.c.Q. Par contre, la façon dont le consentement peut être obtenu est passée sous silence.

¹³⁸Benjamin Schatz, "The AIDS Insurance Crisis : Underwriting or Overreaching?", *supra*, note 52, à la p. 1797.

Quant au contenu de l'obligation de l'assureur d'informer l'assuré éventuel des conséquences de ce test, les lignes directrices sont muettes¹³⁹. Il est permis de s'interroger alors sur la validité du consentement donné par le client, d'autant plus que la formule de consentement que les compagnies d'assurances leur font signer est rédigée en caractères microscopiques! A ce sujet, voici reproduite l'information apparaissant dans une proposition d'assurance¹⁴⁰:

Pour permettre l'étude appropriée de la présente proposition, il se peut qu'en plus d'un examen paramédical il y ait lieu de subir un examen médical complet, un électrocardiogramme, une radiographie pulmonaire, ainsi que des analyses d'urine et de sang supplémentaires. Ces analyses peuvent comprendre entre autres, des tests pour la détection du cholestérol, des lipides, du diabète, des troubles du foie ou des reins, du virus HIV (SIDA) ou de certains médicaments, de drogue, de nicotine ou de leurs métabolites [...]

L'inscription de cet énoncé dans la proposition d'assurance ne constitue pas l'obtention d'un consentement valide à subir un test de dépistage du VIH, puisqu'il s'agit simplement d'informations fournies au client. Même si une telle formule exigeait la signature de l'assuré, il serait bon de s'interroger sur la suffisance du consentement de l'assuré à subir un test de dépistage du VIH. En effet, l'obligation de l'assureur d'informer adéquatement l'assuré n'est pas remplie par le seul fait que l'assuré ait signé une telle formule. Sa

¹³⁹Ontario Law Reform Commission, *supra*, note 80, aux pp. 61 et 62.

¹⁴⁰Proposition d'assurance de la Sun Life du Canada, début 1990.

signature ne garantit pas automatiquement un consentement libre et éclairé.

Nous suggérons plus qu'une simple formule informative. Un document individuel d'informations relatives aux tests de dépistage du VIH devrait être remis au candidat, et ce, préalablement à la visite de l'agent ou du professionnel de la santé qui effectue les prélèvements pour le compte de l'assureur. Par la suite, une formule de consentement devrait être signée par l'assuré potentiel. Idéalement, la personne se présentant chez l'assuré devrait lui demander s'il a bien lu et compris le contenu et la portée du consentement qu'il donne, à défaut de quoi, cette personne devrait lui donner les informations pertinentes sur les tests de dépistage du VIH.

II.1.2. LA COMMUNICATION DES RÉSULTATS À L'ASSURÉ ET LE SUIVI

Au Canada, le médecin travaillant pour l'assureur et évaluant le risque n'a que peu de contacts avec l'assuré. On peut se demander si la personne devant le médecin-conseil n'est pas plus considérée comme un client que comme un patient.

Une clause concernant la communication des résultats est inscrite dans les contrats d'assurance. Les compagnies demandent à l'assuré d'indiquer sur la proposition le nom du médecin traitant à qui elles feront part des résultats. Cette clause joue un double rôle : en plus de prévoir le suivi à effectuer par le médecin de l'assuré, elle évite à l'assuré d'apprendre sa condition médicale par un médecin qui n'est pas celui qui le traite. Certains auteurs vont même jusqu'à

suggérer que le médecin travaillant pour l'assureur devrait au moins être en mesure de donner des informations sur les services de "counseling" existant¹⁴¹.

Les lignes directrices de l'ACCAP n'accordent pas d'importance au suivi psychologique de l'assuré potentiel, au "counseling", et on s'aperçoit que, selon la politique suivie par les compagnies d'assurances-vie au Canada, la situation n'est pas différente.

De plus, l'ACCAP a adopté des lignes directrices en matière de caractère confidentiel des renseignements et de communication des résultats; entre autres, la communication des résultats des tests de dépistage du VIH est faite à l'assuré par l'entremise du médecin que le patient a indiqué dans la proposition d'assurance.

7. Caractère confidentiel des renseignements
Les sociétés membres doivent protéger le caractère confidentiel des renseignements concernant le SIDA ou l'exposition au HIV (sic), conformément aux lignes directrices de L'ACCAP qui régissent le «Droit à la vie privée».

8. Communication des résultats
Les résultats portant sur l'exposition au VIH devraient comme tout autre renseignement personnel d'ordre médical, être communiqués à l'assuré éventuel par l'entremise du médecin qu'il a désigné.

À titre d'exemple, voici la déclaration prévue par la Laurentienne Vie Inc. au sujet de la divulgation des résultats.

¹⁴¹Karen A. Clifford et R.P. Iuculano, "AIDS and Insurance: The Rationale for AIDS-Related Testing", *supra*, note 51, aux pp. 1799 et 1800.

Une déclaration que le client doit signer dit ceci:

"Le preneur et chaque personne assurée déclarent ce qui suit:

1-[...]

8- La compagnie ne divulgue aucun renseignement médical obtenu au cours de l'évaluation de cette proposition à la personne assurée ou au preneur directement. La compagnie ne divulgue ces renseignements qu'au médecin traitant seulement. [...]"

La clause no.8 a été prévue pour se conformer à la législation applicable et ainsi reconnaît le médecin traitant comme la personne la plus appropriée pour communiquer les résultats de l'examen médical à son patient.

Si cette étape est respectée, c'est donc ce dernier qui prendra en charge le support psychologique de la personne ; cela n'empêche pas que le "counseling" pré-test n'a pas été effectué par l'assureur. Voilà une lacune qui devrait être corrigée, soit en veillant à ce que la personne effectuant les prélèvements informe l'assuré de la nature et des conséquences des tests, soit en référant l'assuré à son médecin traitant afin que ce professionnel de la santé assure le "counseling" pré-test. Suivant cette seconde solution, il reviendrait à l'assuré de prendre la responsabilité d'aller consulter son médecin traitant.

II.2. LE DROIT À LA VIE PRIVÉE ET À LA CONFIDENTIALITÉ DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Toute enquête, collecte de renseignements ou recherche d'indices sur la sélection du risque, pour s'effectuer dans la légalité et la légitimité, doit pouvoir démontrer qu'elle respecte la vie privée des sujets et assurer la confidentialité des renseignements recueillis.

Au Québec, le droit à la vie privée est consacré par l'article 5 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, renforcé par les articles 35 à 41 C.c.Q. et par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹⁴², ces derniers étant entrés en vigueur le 1er janvier 1994. L'essence de la nouvelle législation : la protection de la vie privée des individus par la confidentialité et l'accessibilité des renseignements personnels¹⁴³.

Le législateur accorde un caractère quasi-constitutionnel

¹⁴²L.Q. 1993, c.17.

¹⁴³Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, la cueillette, la détention, l'utilisation et l'accessibilité des dossiers constitués dans le secteur privé étaient encadrés dans certains cas, par le *Code des professions* et ses règlements d'application. Par exemple, en ce qui concerne les renseignements médicaux, le *Code de déontologie des médecins* crée pour le médecin des obligations d'information, de discrétion, de confidentialité, de conservation des dossiers médicaux, et de respect du secret professionnel.

Quant au secteur public, il se dotait le 22 juin 1982 d'un encadrement législatif par une loi adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale, intitulée la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, par laquelle on voulait assurer le contrôle de l'information contenue dans les dossiers constitués.

aux droits consacrés par la *loi sur la protection des renseignements personnels*¹⁴⁴. En effet, voici ce que prévoit l'article 94 :

Les dispositions de la présente loi prévalent sur celles d'une loi générale ou spéciale postérieure qui leur seraient contraires, à moins que cette dernière loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la présente loi.

Le caractère quasi-constitutionnel du droit à la protection de la vie privée avait été rappelé également par la Cour suprême dans *Frenette c. Métropolitaine (La)*¹⁴⁵, décision dont nous traiterons plus loin.

La présente section traite du consentement de l'assuré à la cueillette de renseignements auprès de tiers et de ses recours en cas de manquement de l'assureur à ses obligations. Nous présenterons la pratique de l'assurance et nous ferons une analyse du consentement de l'assuré à la lumière de la législation existante et de la jurisprudence.

II.2.1. LE CONSENTEMENT DE L'ASSURÉ À LA CUEILLETTE DE RENSEIGNEMENTS AUPRÈS DE TIERS

La cueillette des renseignements personnels peut

¹⁴⁴Voir Lyette Doré, "Panorama de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection des renseignements personnels" dans *Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en droit de l'accès à l'information*, Cowansville, Yvon Blais, 1991, 27 à la p. 34. L'auteure Lyette Doré affirme que les droits prévus dans la *loi sur l'accès à l'information* dans le secteur public possèdent un caractère quasi-constitutionnel. Nous nous sommes inspirés de ces propos pour faire une analogie.

¹⁴⁵[1992] 1 R.C.S. 647.

s'effectuer auprès de tiers si l'assuré concerné y a consenti¹⁴⁶. Cependant, si l'assureur a un intérêt sérieux et légitime et si la démarche est nécessaire pour s'assurer de l'exactitude des renseignements¹⁴⁷, l'assureur pourrait passer outre au consentement de la personne concernée afin de recueillir des renseignements personnels. Bien que les cas où les compagnies d'assurance seraient justifiées d'agir ainsi se trouvent restreints par la loi, cette restriction est générale et vague, n'étant pas définie par le législateur.

Le législateur est intervenu avec la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aux articles 13, 14 et 15 en ajoutant à la notion de consentement de l'assuré, à la suite de l'arrêt *Frenette c. Métropolitaine (La)*¹⁴⁸ ; dorénavant, le consentement doit être non seulement libre et éclairé conformément au droit commun, mais manifeste et donné à des fins spécifiques. La qualité du consentement requise par l'article 14 de la *Loi* reflète et même va plus loin que les exigences jurisprudentielles élaborées par la décision *Frenette*.

Un modèle de formule d'autorisation de cueillette et de communication de renseignements personnels que l'assuré est requis de signer illustrera les différents aspects discutés dans la présente section.

¹⁴⁶Article 6 al. 1 de de la *Loi*.

¹⁴⁷Article 6 al. 3 par. 2.

¹⁴⁸*Supra*, note 145.

a) La formule d'autorisation à la cueillette de renseignements auprès de tiers

Dans une proposition d'assurance-vie¹⁴⁹, la formule de consentement relative à l'accès et à la transmission des renseignements personnels que l'assuré est requis de signer se lit ainsi:

"[...], j'autorise [...] et ses réassureurs à obtenir et à transmettre des renseignements personnels à mon sujet auprès de tout professionnel et établissement public ou privé de la santé ou des services sociaux, de toute compagnie d'assurance ou intermédiaire de marché et institution financière, du Bureau de renseignements médicaux, des agents et agences de renseignements ou d'investigation, mon employeur ou mes ex-employeurs, ou de tout organisme privé ou public, dans le cadre de l'objet de mon dossier détenant des renseignements personnels à mon sujet."

La formule de consentement autorise l'assureur à avoir accès aux renseignements contenus dans les dossiers médicaux et à d'autres renseignements personnels de l'assuré potentiel en plus d'échanger également ces données avec bon nombre d'organismes publics et privés. Le professionnel de la santé oeuvrant dans le réseau et répondant aux demandes de communications de dossiers de la part des compagnies d'assurance, fait exception à son obligation au secret professionnel et à son devoir de confidentialité, le patient l'y autorisant. Nous nous interrogeons sur la protection de la vie privée de l'individu, un droit prévu à l'article 5 de

¹⁴⁹Proposition de La Laurentienne.

la *Charte québécoise*.

La Cour suprême a examiné, antérieurement à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, la validité d'une clause similaire dans l'arrêt *Frenette c. Métropolitaine (La)*¹⁵⁰, dont nous traiterons ci-après en l'analysant avec cette dernière *Loi*.

b) La portée du consentement de l'assuré analysée à la lumière de la jurisprudence et de la législation existantes

L'arrêt *Frenette c. Métropolitaine (La)*¹⁵¹ traite de la question du droit d'accès des compagnies d'assurance-vie aux dossiers médicaux et hospitaliers d'un assuré, dans le cadre d'une enquête sur la validité d'une réclamation d'indemnité additionnelle, lors d'un décès accidentel. Les principes ressortant de cette décision s'appliquent également à l'enquête sur l'évaluation du risque avant l'émission de la police d'assurance.

La solution du litige reposait sur le libellé de la formule d'autorisation signée par l'assuré afin de permettre la communication de ses dossiers médicaux, interprétée selon le droit à la vie privée et au secret professionnel prévus par la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹⁵² et le régime procédural prévu par le *Code de procédure civile*

¹⁵⁰ *Supra*, note 145.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² L.R.Q., c. C-12 [ci-après la *Charte*], les articles 5 et 9.

du Québec¹⁵³.

Ainsi, concernant l'accès, deux critères doivent être examinés : la pertinence des documents demandés en rapport avec la question en litige et la protection de la confidentialité¹⁵⁴.

La Cour suprême, sous la plume de l'Honorable juge L'Heureux-Dubé, affirme d'abord la validité du consentement pour l'avenir; cette "autorisation pour l'avenir est nécessaire afin que [l'assureur ait] un droit d'accès aux dossiers médicaux de cette personne¹⁵⁵."

La Cour se penche sur l'implication de la *Charte québécoise*. Elle admet que le droit à la confidentialité jouit d'une protection quasi-constitutionnelle au Québec. Cependant, ce droit n'est pas absolu, la personne titulaire pouvant y renoncer¹⁵⁶. Ainsi, en signant la formule d'autorisation, l'assuré renonce à son droit au respect de sa vie privée et délie le médecin et l'hôpital du secret professionnel auquel ils étaient tenus.

¹⁵³L.R.Q., c. C-25 [ci-après le *C.p.c.*], les articles 20, 400 et 402 du *C.p.c.*

¹⁵⁴L'assureur a déposé une requête fondée sur les articles 20, 400 et 402 du *C.p.c.* pour obtenir une ordonnance forçant l'hôpital à lui donner communication des dossiers hospitaliers complets de l'assuré. La Cour du Québec a rejeté la requête et la Cour d'appel à la majorité, le juge Malouf étant dissident, a confirmé la décision de la Cour du Québec en y ajoutant certaines considérations.

¹⁵⁵*Frenette c. Métropolitaine (La)*, *supra*, note 145, à la p.671.

¹⁵⁶La Cour assimile, aux fins des principes de droit, la confidentialité des dossiers médicaux et hospitaliers au secret professionnel entre un patient et son médecin. "Le droit à la confidentialité est un droit relatif qui existe principalement dans l'intérêt du bénéficiaire des services hospitaliers". *Frenette c. Métropolitaine (La)*, *supra*, note 145, à la p. 677.

En deuxième étape, concernant la question de l'étendue de la divulgation de renseignements auxquels l'assureur avait droit, le principe ressortant de cet arrêt établit que "l'étendue de la divulgation dépend du libellé de la formule d'autorisation. En effet, si la renonciation est générale et ne contient pas de conditions restreignant l'accès vis-à-vis de l'assureur, alors cet accès aux renseignements médicaux pourra être illimité et complet."

Ainsi en décide la Cour suprême dans cette affaire, puisque la clause pertinente stipulait l'accès pour l'évaluation des risques et des causes de décès, en termes généraux. Sa décision est également motivée par le fait qu'aucune loi prédominante ne régissait cette situation¹⁵⁷.

En substance, la Cour suprême conclut qu'une autorisation à l'accès en termes clairs constitue une renonciation au droit à la confidentialité des renseignements médicaux, droit relatif. Les intérêts en présence n'ont pas à être soupesés, puisque l'assuré avait lui-même renoncé à son droit à la vie privée, aux conditions qu'il avait lui-même fixées. Si la formule d'autorisation ne comporte aucune restriction, la seule limite à l'accès aux renseignements personnels serait le critère de la nécessité de ces renseignements pour les fins mentionnées dans l'autorisation¹⁵⁸.

Quant au moyen procédural prévu à l'article 402 du *C.p.c.* et utilisé par l'assureur, la Cour suprême confirme l'opinion majoritaire de la Cour d'appel selon laquelle la renonciation

¹⁵⁷ *Ibid.*, à la p. 673.

¹⁵⁸ *Ibid.*, à la p. 678.

au droit à la confidentialité doit être interprétée restrictivement¹⁵⁹. Elle est d'avis qu'elle ne peut être implicite. L'élément marquant de l'étude de ce point se situe au niveau du degré de pertinence et de l'importance des renseignements sollicités par rapport à la question en litige¹⁶⁰. Dans la décision *Frenette*, le critère de pertinence guide le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relativement à l'accès, proprement dit, aux renseignements, et deuxièmement, concernant la portée de l'accès. De plus, l'accès devient lié à la capacité pour la partie requérante de préparer une défense pleine et entière. Selon la Cour suprême, l'accès aux dossiers médicaux et hospitaliers peut être permis si l'état de santé est directement lié à la question en litige et s'il n'existe pas d'autres moyens de preuve de l'état de santé. Ce sont des décisions de cas d'espèce.

À la suite de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, nous devons nous interroger sur la portée de l'arrêt *Frenette* concernant l'accès aux renseignements médicaux.

Nous soumettons que son application au Québec est modifiée depuis l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1994, de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* et des articles 35 et suivants du *Code civil du Québec*. La *Loi* et le *C.c.Q.* complètent l'article 5 de la *Charte québécoise*. Dans *Frenette*, la Cour suprême s'exprime ainsi à

¹⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 684.

¹⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 685.

la page 672 :

[...] en l'absence d'une loi prédominante limitant le droit d'un bénéficiaire de tels services de relever l'établissement de santé de son devoir de non-divulgaration, il n'est d'aucune valeur puisque le droit à la non-divulgaration des dossiers médicaux appartient au patient et que celui-ci peut y renoncer inconditionnellement ou conformément aux conditions qu'il prescrit de divulguer.

[Les soulignés sont les nôtres.]

Or, le Québec s'est justement doté d'une législation prédominante par l'adoption de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* qui reconnaît le droit à la confidentialité.

Ce sont les articles 13, 14 et 15 de la *Loi sur la protection* qui prévoient la qualité du consentement et son récipiendaire. Selon l'article 15, l'assureur pourra recueillir des renseignements personnels auprès d'organismes publics ou privés, notamment auprès d'établissements de santé, si l'assuré donne son consentement; l'assureur se réserve, dans la formule d'autorisation que l'assuré signe, la possibilité de communiquer les renseignements à des tiers ou de les utiliser à des fins non pertinentes à l'objet du dossier qu'il a constitué au sujet de l'assuré. Cependant, le consentement de l'assuré devra être manifeste, libre, éclairé et être donné à des fins spécifiques. Les articles 13, 14 et 15 prévoient:

13. Nul ne peut communiquer à un tiers les renseignements personnels contenus dans un dossier qu'il détient sur autrui ni les

utiliser à des fins non pertinentes à l'objet du dossier, à moins que la personne concernée n'y consente ou que la présente loi le prévoit.

14. Le consentement à la communication ou à l'utilisation d'un renseignement personnel doit être manifeste, libre, éclairé et être donné à des fins spécifiques. Ce consentement ne vaut que pour la durée nécessaire à la réalisation des fins pour lesquelles il a été demandé.

15. Le consentement à la communication par un tiers de renseignements personnels peut être donné par la personne concernée à la personne qui les recueille auprès de ce tiers.

Ainsi, dans *X. c. Compagnie d'assurance-vie Pennsylvanie*¹⁶¹ et *X. c. H.B. Gestion d'assurance collective Ltée*¹⁶², la Commission d'accès à l'information a considéré que la formule d'autorisation apparaissant dans la proposition d'assurance ne permettait pas d'obtenir un consentement spécifique et éclairé conformément à l'article 14 de la Loi¹⁶³.

Le droit à la vie privée conserve son caractère relatif. En effet, la *Loi sur la protection* n'empêche pas la personne de renoncer à la confidentialité de ses renseignements personnels. Selon la nouvelle *Loi*, non seulement la portée de

¹⁶¹C.A.I. 94 1474, déc. 1994 (Rapport d'enquête).

¹⁶²C.A.I. 94 14 82, janv. 1995 (Rapport d'enquête).

¹⁶³Dans ces décisions, la formule d'autorisation permettait d'obtenir communication de renseignements, de tout médecin ou tout autre personne ou organisme détenant des renseignements, une connaissance des faits ou des dossiers au sujet des assurés, ainsi que d'obtenir tout renseignement de personnes, organismes publics ou privés ou entreprises susceptibles d'établir la prime et d'apprécier les risques et réclamations.

la divulgation des renseignements, mais aussi leur accès général, doivent être restreints à ce qui est vraiment nécessaire, le tribunal devant conserver un pouvoir d'examiner les intérêts en présence, et ce, même si le consentement apparaît dans un formulaire d'autorisation rédigé en termes clairs et précis.

La Cour suprême a examiné dans *Frenette* le critère de la nécessité ou non des dossiers à la résolution de l'examen de la question en litige¹⁶⁴. Maintenant, c'est le renseignement précis qui doit être nécessaire, tandis qu'antérieurement à la *Loi*, la Cour suprême n'avait examiné que la nécessité du dossier dans son ensemble. La Cour suprême n'a pas élaboré sur le critère de nécessité des renseignements eux-mêmes, lequel peut limiter la portée de l'accès. Bien que la *Loi sur la protection* ne définisse pas ce qu'est un renseignement nécessaire, elle y accorde tout de même plus d'importance, en ce sens que l'accès lui-même et non pas seulement l'étendue de l'accès dépend directement de sa nécessité.

c) La Sanction de l'absence d'un consentement conforme à la Loi

Finalement, la décision d'un tribunal consiste à évaluer la qualité du consentement obtenu de l'assuré par l'assureur. Si la formule d'autorisation ne contient pas le consentement,

¹⁶⁴Étant donné les circonstances de cette affaire, les dossiers sollicités ne visant que les années 1985-86, la Cour suprême a jugé que le critère de nécessité était rencontré par opposition à "l'expédition de pêche", expression qu'elle a employée.

si ce dernier est trop général n'étant pas donné à des fins spécifiques, ou encore, si la formule est jugée insuffisante comme ne répondant pas aux exigences des articles 13, 14 et 15 de la *Loi*, alors il est permis de penser que les tribunaux appliqueront la sanction prévue, soit la nullité du consentement à la cueillette de renseignements auprès de tiers, et non la nullité du contrat d'assurance lui-même.

Nous soumettons que la nouvelle *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* rendrait encore plus difficile pour les compagnies d'assurance-vie l'utilisation des articles 400 et 402 du *Code de procédure civile* afin d'obtenir une ordonnance d'accès non seulement à des dossiers médicaux, mais à tous renseignements personnels, étant donné l'exigence du consentement prévu à l'article 14 de la *Loi*. Il convient de rappeler que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est une loi prédominante. Les tribunaux ne soupèseraient plus les intérêts en présence, puisque c'est la *Loi* à présent qui doit les diriger. Afin de passer outre au consentement requis, leur demande de renseignements devrait entrer dans le cadre étroit de l'article 6 al. 3 par. 2 de la *Loi* qui exige la preuve d'un intérêt sérieux et légitime, en plus de la démonstration de la nécessité de la cueillette afin de s'assurer de l'exactitude des renseignements personnels. Cette disposition semblant restrictive, l'assureur ne pourrait contourner l'exigence des articles 13 et suivants quant à la qualité du consentement requis. Donc, la *Loi* lui dénie l'accès en ce cas.

Ainsi, dans ce cas, l'assureur serait empêché irrémédiablement d'avoir accès à tous les renseignements

personnels de son assuré détenus par des tiers, advenant un sinistre, tandis que le contrat d'assurance demeurant en vigueur, l'indemnité demeurerait due.

Il apparaît donc important d'accorder une attention particulière à la rédaction de la formule de consentement afin d'obtenir l'accès aux renseignements et de s'assurer de la compréhension de la personne des conséquences de ce consentement.

II.2.2. LES RECOURS DE L'ASSURÉ EN CAS DE MANQUEMENT AUX OBLIGATIONS DE L'ASSUREUR

L'article 42 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* attribue à la Commission d'accès à l'information une juridiction quant à "l'examen de mécontentement relative à l'application d'une disposition législative portant sur l'accès ou la rectification d'un renseignement personnel ou sur l'application de l'article 25." Une demande d'examen de mécontentement peut être soumise par toute personne intéressée si celle-ci porte sur ces matières¹⁶⁵. La Commission rend une décision motivée et par écrit sur toute mécontentement¹⁶⁶ et elle peut entre autres ordonner à une personne

¹⁶⁵Art. 42 de la *Loi*. "Toute personne intéressée peut soumettre à la Commission d'accès à l'information une demande d'examen de mécontentement relative à l'application d'une disposition législative portant sur l'accès ou la rectification d'un renseignement personnel ou sur l'application de l'article 25."

¹⁶⁶Art. 54 de la *Loi*. "La Commission rend sur toute mécontentement qui lui est soumise une décision motivée par écrit et en transmet une copie aux parties par courrier recommandé ou certifié ou par tout autre moyen permettant la preuve de la date de sa réception."

exploitant une entreprise de donner communication ou de rectifier un renseignement personnel ou s'abstenir de le faire¹⁶⁷.

L'article 81 de la *Loi sur la protection*¹⁶⁸ confère à la Commission un pouvoir d'enquête sur toute matière relative à la protection des renseignements personnels ainsi que sur les pratiques d'une personne qui exploite une entreprise et recueille, détient, utilise ou communique à des tiers de tels renseignements. Par exemple, le droit de l'individu de refuser de fournir un renseignement demandé sans droit sans se voir pénalisé ou le manquement de l'entreprise à son obligation d'obtenir un consentement manifeste, libre, éclairé, et donné à des fins spécifiques et pour une durée limitée, sont des cas où la Commission d'accès à l'information aurait un pouvoir d'enquête¹⁶⁹.

¹⁶⁷Art. 55 al.2 de la *Loi*. "[...]

Elle peut notamment ordonner à une personne exploitant une entreprise de donner communication ou de rectifier un renseignement personnel ou de s'abstenir de le faire."

¹⁶⁸Art. 81 de la *Loi*. "La Commission peut, de sa propre initiative ou sur la plainte d'une personne intéressée, faire enquête ou charger une personne de faire enquête sur toute matière relative à la protection des renseignements personnels ainsi que sur les pratiques d'une personne qui exploite une entreprise et recueille, détient, utilise ou communique à des tiers de tels renseignements."

¹⁶⁹Obligations de la personne qui exploite une entreprise : inscription de l'objet au dossier art. 4 de la *Loi*; la collecte de renseignements nécessaires par des moyens licites et en priorité auprès de la personne concernée art. 5 de la *Loi*; l'inscription de la source du renseignement art. 7 de la *Loi*; le droit de la personne d'être informée de l'objet, de la localisation et de l'utilisation de son dossier au moment de la collecte de renseignements art. 8 de la *Loi*; le droit de refuser de fournir un renseignement illicitement demandé sans être pénalisé par celui qui exige le renseignement art. 9 de la *Loi*; l'obligation de prendre des mesures de sécurité pour assurer la confidentialité des renseignements art. 10 de la *Loi*; l'obligation de tenir les renseignements à jour et exacts au moment des décisions art.

Nous soumettons qu'un recours contractuel en vertu de l'article 1458 du C.c.Q. serait ouvert ; il pourrait se baser sur un bris de confidentialité des renseignements personnels, traduit notamment par une absence de maintien des mesures de sécurité ou par un manquement dans la divulgation des renseignements personnels par l'assureur ou par un de ses préposés ou mandataires. À titre d'illustration, une décision de l'Ontario *John A. c. Canada Life Assurance Co.*¹⁷⁰ a tenu responsable une compagnie d'assurance-vie sur la base de bris de confidentialité. Cependant, les longs délais du système judiciaire traditionnel et les exigences en matière de fardeau de preuve qu'il comporte pour la personne réclamant la réparation de son préjudice corporel, matériel ou moral ne sont pas appropriés. Ce n'est qu'un recours *a posteriori*.

Enfin, la *Loi* n'a pas prévu de recours en dommages exemplaires, bien que, selon nous, elle protège avant tout un droit fondamental : la vie privée.

S'il advenait que la personne subisse une atteinte à un droit prévu à la *Charte québécoise des droits et libertés*, invoquant la violation des droits prévus aux articles 1, 4, 5,

11 de la *Loi*; celle de n'utiliser les renseignements que pendant un temps limité art. 12, sous-ensemble de l'article 40 du C.c.Q.; l'obligation d'obtenir un consentement manifeste, libre, éclairé, spécifique et pour une durée limitée art. 14 de la *Loi*; l'obligation d'inscrire au dossier des personnes certaines communications faites sans leur consentement art. 18 al. 2 de la *Loi*; celle de ne recommuniquer ces renseignements que lorsque cela est nécessaire art. 18 al. 3 de la *Loi*; l'obligation de conservation art. 36 de la *Loi*. Cette énumération n'est pas exhaustive ; nous nous intéressons plus spécifiquement à ces dernières, en raison de leur implication dans le domaine de l'industrie de l'assurance.

¹⁷⁰(1989), 35 C.P.C.(2d) 6 (H.C.J. Ontario), M. le juge Granger.

et 9 de la présente *Charte*, elle pourrait toujours réclamer des dommages-intérêts en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise*, sous réserve de remplir les conditions d'ouverture du recours. En cas d'atteinte illicite, des dommages exemplaires pourraient être accordés¹⁷¹.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* dans le secteur privé comprend également des dispositions pénales. Tandis que l'article 91¹⁷² de la *Loi* s'applique tant à une personne morale qu'à une personne physique, qu'elle soit agent, préposé, mandataire, agent de renseignements personnels ou même un tiers, l'article 93¹⁷³ de la *Loi* entraîne la responsabilité de l'administrateur, du dirigeant ou du représentant, de la personne morale qui commet une infraction.

II.3. LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION

Une pratique discriminatoire peut s'installer, puisque le VIH ou SIDA, selon les études récentes, affecte plus durement

¹⁷¹*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1994] R.J.Q. (C.A.); (le 3 octobre 1996) C.S.C. 24511[1996] ; J.E. 96-2256; D.T.E. 96T-1257; *Gosset Augustus c.*, [1996] R.C.S. 268; R.R.A. 915 (rés.); J.E. 96-1925.

¹⁷²Art. 91 de la *Loi*. "Quiconque recueille, détient, communique à un tiers ou utilise un renseignement personnel sur autrui sans se conformer à une disposition des sections II, III, ou IV de la présente loi est passible d'une amende de 1 000\$ à 10 000\$ et, en cas de récidive, d'une amende de 10 000\$ à 20 000\$."

¹⁷³Art. 93 de la *Loi*. "Si une personne morale commet une infraction prévue par la présente loi, l'administrateur, le dirigeant ou le représentant de cette personne morale qui a prescrit ou autorisé l'accomplissement de l'acte ou de l'omission qui constitue l'infraction ou qui y a consenti est partie à l'infraction et passible de la peine qui y est prévue."

certains groupes identifiables de la population. La population homosexuelle semble plus particulièrement touchée¹⁷⁴.

Évidemment, une question directe sur l'orientation sexuelle, l'origine raciale ou sur l'ethnie est nécessairement interdite, puisqu'elle constituerait une forme de discrimination visée à l'article 10 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*.

La *Charte québécoise*, à son article 10, prévoit le droit à l'égalité de chacun.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, sur la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

De plus, l'article 13 prévoit ceci :

13. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est réputée sans effet.

L'article 20.1 de la *Charte québécoise*¹⁷⁵ crée une présomption de non discrimination pour des pratiques autrement

¹⁷⁴ *Supra*, note 27.

¹⁷⁵ L.Q. 1996, c. 10, art. 2.

interdites en vertu de l'article 10.

20.1 Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10.

Il permet aux compagnies d'assurance de fixer le taux des primes en fonction de l'âge, du sexe ou de l'état civil "lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basés sur des données actuarielles." Fixer la prime en assurance-vie selon l'état de santé ou poser des questions sur ce dernier est tout à fait légal, puisque ce fait est pertinent à l'évaluation du risque¹⁷⁶. Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 20.1 de la *Charte* énonce clairement que "l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10". Nul besoin de préciser la légitimité de son utilisation. Par contre, fixer la prime en fonction de la race, origine ethnique, condition sociale ou orientation sexuelle demeure discriminatoire, ces pratiques ne faisant pas l'objet

¹⁷⁶ Madeleine Caron, "Le SIDA, les assurances de personnes et le droit : Un premier point de vue juridique" (1988) 3 *Assurances* 358 aux pp. 365 et 366.

d'exception.

Concernant les renseignements que l'assureur cherche à obtenir, l'article 13 de la *Charte québécoise* ne s'y applique pas, visant plutôt la clause comme telle du contrat. Selon l'auteure Madeleine Caron¹⁷⁷, le simple fait de poser des questions portant sur l'origine ethnique, la race ou l'orientation sexuelle, est illégal et interdit, puisqu'agir ainsi mène à la discrimination en vertu d'un motif prohibé. À son avis, c'est l'usage que l'on fait des questions qui peut mener à la discrimination¹⁷⁸. Nous mentionnons des usages possibles des réponses obtenues qui pourraient conduire, selon nous, à la discrimination. Par exemple, un assureur influencé par les réponses obtenues pourrait imposer un test de dépistage aux groupes dont l'origine ethnique, la race ou encore l'orientation sexuelle correspond à un type d'assuré qu'il veut éviter; il pourrait également leur refuser l'assurance sans autres explications. L'utilisation de ce type de questions par l'assureur est un indice qu'il avait l'intention de discriminer.

II.4. LE DROIT D'ACCÈS DE L'ASSURÉ AUX DOSSIERS LE CONCERNANT

Le législateur est intervenu pour protéger le droit à la vie privée en raison des possibilités croissantes de stockage et de conservation d'informations que permet le développement

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ *Ibid.*, à la p. 366.

des communications et des nouvelles technologies, et ce, par le biais de banques auparavant inaccessibles. Dans ce dédale, l'individu fournit ici et là des renseignements sur sa solvabilité, ses habitudes de consommation, son mode de vie, sa personnalité, son état de santé, bref sur sa vie privée. Comment s'y retrouver et surtout comment connaître la teneur des dossiers constitués à notre sujet, pour éventuellement les faire rectifier ? Puisque ces renseignements concernent directement l'individu qui les a confiés, il apparaît normal que ce dernier y ait accès, et que celui qui les a recueillis se voit imposer certaines obligations.

II.4.1. L'accès favorisé par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.Q. 1993, c. 17.

Afin de favoriser l'accès de l'assuré à son dossier, l'assureur recueillant des renseignements personnels, doit, conformément à l'article 8 de la *Loi*, l'informer de trois choses : l'objet du dossier, l'utilisation des renseignements et les catégories de personnes qui y auront accès, l'endroit où le dossier sera détenu ainsi que les droits d'accès ou de rectification¹⁷⁹.

La problématique qui se posait en assurance de personnes et même qui se pose encore malheureusement est que les compagnies d'assurance refusaient aux assurés ou aux personnes bénéficiaires concernées l'accès à leurs dossier. Le cas suivant pourrait se présenter : l'assureur exigeant un examen

¹⁷⁹ Art. 8 de la *Loi*.

médical omet d'informer l'assuré qu'un test de dépistage du VIH sera effectué. Constatant le résultat séropositif, l'assureur refuse donc le risque que cet assuré représente. Alors l'assuré s'enquiert du motif du refus de l'assureur et demande l'accès à son dossier. L'assureur empêche cet accès, n'ayant pas respecté son obligation d'obtenir un consentement éclairé de l'assuré au test de dépistage du VIH.

Maintenant, en vertu de l'article 27 de la *Loi*¹⁸⁰ sur la protection des renseignements personnels, s'appliquant aux entreprises, la compagnie d'assurance qui détient un dossier sur une personne a une obligation de lui donner communication de son dossier. L'article 38 du C.c.Q.¹⁸¹ vise les personnes physiques, couvrant ainsi tous les autres cas. L'assureur a une obligation de refuser la communication d'un renseignement personnel à l'administrateur de la succession, au bénéficiaire d'une assurance-vie, à l'héritier ou au successeur de la personne concernée par ce renseignement, sauf si les droits de la personne qui le demande sont en cause à ce titre¹⁸².

Les compagnies d'assurance tentent de passer outre à l'obligation de donner aux assurés l'accès à leur dossier en

¹⁸⁰Art. 27 de la *Loi*. "Toute personne qui exploite une entreprise et détient un dossier sur autrui doit, à la demande de la personne concernée, lui en confirmer l'existence et lui donner communication des renseignements personnels la concernant."

¹⁸¹Art. 38 C.c.Q. "Sous réserve des autres dispositions de la loi, toute personne peut, gratuitement, consulter et faire rectifier un dossier qu'une autre personne détient sur elle soit pour prendre une décision à son égard, soit pour informer un tiers ; elle peut aussi le faire reproduire, moyennant des frais raisonnables. Les renseignements contenus dans le dossier doivent être accessibles dans une transcription intelligible."

¹⁸²Art. 41 de la *Loi sur la protection*.

utilisant certaines dispositions restrictives prévues à la loi. Ces dispositions commandent cependant une interprétation étroite du fait qu'elles constituent des exceptions, étant donné que les articles 27 à 29 de la *Loi* établissent, en conjugaison avec les articles 37 à 41 du *C.c.Q.*, un droit d'accès général.

Les décisions de l'assureur à l'égard de l'assuré doivent être éclairées par des données à jour, obligation de l'assureur comme nous l'avons mentionné précédemment. Le dossier de l'assuré est bâti à partir de ses réponses au questionnaire, des résultats aux divers tests demandés par l'assureur et par des renseignements obtenus par différentes sources d'informations. Par exemple, le Bureau des renseignements médicaux conserve tous les renseignements sur l'état de santé que l'assuré a déjà consenti à divulguer. Ainsi, ces informations circulent, par la formule signée par l'assuré autorisant l'assureur à obtenir auprès de tiers toute information qu'il jugerait opportune pour l'évaluation du risque ou l'enquête sur le sinistre. Une erreur sur l'identité de l'assuré ou des informations erronées ou périmées sur sa condition médicale, ou pire encore, des mentions de doute sur son orientation sexuelle peuvent être fatales quant à l'assurabilité d'un individu. D'où l'intérêt pour l'assuré de pouvoir avoir accès au dossier le concernant.

Ni la lecture du questionnaire de la proposition d'assurance ni celle du formulaire d'avis et consentement concernant les tests ni la demande d'information auprès de l'infirmière travaillant pour le compte de la compagnie d'assurance ne renseigne l'assuré de la constitution d'un

dossier le concernant, de la possibilité d'accès et de ses modalités, et encore moins de ce droit d'accès, maintenant bien affirmé par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*. Ce n'est qu'ultérieurement, lorsque la proposition est acceptée, que certains assureurs indiquent à l'assuré qu'il peut avoir accès à son dossier.

Notre suggestion se veut une innovation dans la pratique de l'assurance-vie. Pourtant elle est très simple. Chaque compagnie d'assurance pourrait préparer un guide précis et bref à l'intention de ses clients afin de leur indiquer la démarche à suivre pour obtenir l'accès aux dossiers les concernant. Bien sûr, il faudrait prévoir des étapes simples et le moins d'intermédiaires possible afin de ne pas décourager ceux qui désireraient exercer leur droit. Ce serait là respecter à la fois la lettre de la loi et informer adéquatement les assurés.

II.4.2. Les motifs invoqués par l'assureur pour refuser de donner accès aux renseignements de santé

Le législateur a attribué la compétence à la Commission d'accès à l'information et la Cour du Québec, juridiction d'appel, quant aux demandes d'accès.

La restriction énoncée à l'article 41 de la *Loi* impose aux compagnies d'assurance de refuser à un bénéficiaire d'assurance-vie la communication d'un renseignement personnel, à moins que les intérêts et les droits de celui-ci ne soient impliqués à ce titre.

Les restrictions qui ont fait l'objet des plus nombreuses

contestations devant la Commission d'accès à l'information se trouvent aux articles 37 et 39 de la *Loi*. L'article 37¹⁸³ concerne la consultation des renseignements amassés par une entreprise du domaine de la santé, donc principalement des renseignements médicaux, tandis que l'article 39¹⁸⁴ de la *Loi* s'applique à toutes les entreprises, peu importe la nature des renseignements.

La première décision de principe examinant l'application de l'article 39 alinéa 2 de la *Loi* comme exception pour justifier le refus d'accès à des dossiers médicaux concernant la personne, a été l'affaire *X. c. Dow Chemical Canada Inc.*¹⁸⁵

Il s'agissait dans cette affaire d'une demande d'accès à des rapports d'expertise médicale qui avaient été réalisés en contexte d'emploi. L'entreprise, par l'entremise de son procureur, avait demandé à l'employé de lui fournir le nom de son médecin traitant afin de lui communiquer les rapports

¹⁸³Art. 37 de la *Loi*. "Une personne qui exploite une entreprise de services professionnels dans le domaine de la santé peut refuser momentanément à une personne concernée la consultation du dossier qu'elle a constitué sur elle si, de l'avis d'un professionnel de la santé, il en résulterait un préjudice grave pour sa santé.

La personne qui exploite un autre type d'entreprise et détient de tels renseignements peut en refuser la consultation à une personne concernée à la condition d'offrir à celle-ci de désigner un professionnel du domaine de la santé de son choix pour recevoir communication de tels renseignements et de les communiquer à ce dernier."

¹⁸⁴Art. 39 de la *Loi*. "Une personne qui exploite une entreprise peut refuser de communiquer à une personne un renseignement personnel la concernant lorsque la divulgation du renseignement risquerait vraisemblablement :

1° [...]

2° d'avoir un effet sur une procédure judiciaire dans laquelle l'une ou l'autre de ces personnes a un intérêt."

¹⁸⁵[1994] C.A.I. 205. La décision *X. c. Dow Chemical Canada Inc.*, [1994] C.A.I. 205 a été portée en appel ; il y a eu désistement de la requête pour permission d'appeler le 09/06/95, 500-02-014466-945.

d'expertise, mais rien n'avait été fait. L'entreprise invoque l'article 39 al.2 de la *Loi* comme motif de refus d'accès : selon elle, la divulgation du renseignement risquerait vraisemblablement d'avoir un effet sur une procédure judiciaire dans laquelle elle a un intérêt.

La Commission, interprétant les articles 2 et 27 de la *Loi* ainsi que l'article 38 du *Code civil du Québec*, émet l'opinion suivante :

Ces dispositions législatives garantissant le droit d'accès du citoyen aux renseignements qui le concernent, se situent dans le prolongement du droit fondamental au respect de la vie privée édicté à l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸⁶ et à l'article 35 du *Code civil du Québec*.

[...]

Parmi les composantes du droit au respect de la vie privée, en plus des droits à la solitude, à l'anonymat, à l'intimité et au secret de l'état de santé¹⁸⁷, il y a le droit à la confidentialité des renseignements personnels détenus par autrui, inscrit dans le titre de la section III (art. 10 à 26) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* [...] ¹⁸⁸

[Les soulignés sont les nôtres.]

La Commission est d'avis que l'article 37 alinéa 2 de la

¹⁸⁶L.R.Q., c. C-12.

¹⁸⁷Voir à cet effet le jugement de la Cour supérieure du Québec *Valiquette c. The Gazette*, [1991] R.J.Q. 1075 (C.S.).

¹⁸⁸*Ibid.*, à la p. 208.

Loi crée un régime exclusif d'exception à l'accès des renseignements sur l'état de santé de la personne ; l'entreprise ne pourra donc refuser la communication des renseignements de cette nature que si elle se conforme à l'article 37 al. 2 à savoir la condition d'offrir à celle-ci de désigner un professionnel de la santé à qui la communication sera faite. Suivant cette interprétation, l'entreprise ne pourra refuser l'accès si cette exigence n'est pas respectée¹⁸⁹. La Commission exprime l'avis que la décision de refuser la communication d'un renseignement médical revient au médecin. En cela, elle dit que sa décision est en conformité avec l'arrêt de la Cour suprême *McInerney c. MacDonald*¹⁹⁰ qui a fait une analyse de la relation médecin-patient. Bien que la loi ne distingue pas les renseignements personnels selon leur nature, cette décision accorde un statut particulier aux renseignements médicaux. Le commissaire s'exprime ainsi :

Dans le régime des restrictions à l'accès, il me semble que l'article 37 est une disposition spéciale qui traite spécifiquement des motifs particuliers de refus applicables à un type de renseignements personnels bien précis et parmi les plus sensibles qui soient : le renseignement de santé.

[Les soulignés sont les nôtres.]

X. c. *Dow Chemical Canada Inc.* précité a été la première décision sur laquelle s'est établie la jurisprudence de la

¹⁸⁹ *Z. c. Dow Chemical Canada Inc.*, *supra*, note 185, aux pp. 209 et 210.

¹⁹⁰ [1992] 2 R.C.S. 138.

Commission¹⁹¹. La décision *X. c. Services de santé du Québec*¹⁹², réitère l'opinion exprimée dans *Dow Chemical Canada* précité selon laquelle la seule restriction à l'accès possible à opposer se retrouve à l'article 37 de la *Loi sur la protection*. S'appuyant sur le guide d'interprétation de l'auteur René Laperrière¹⁹³, cette décision mentionne que les articles 37 à 41 de la *Loi* épuisent tous les motifs justificatifs de refus d'accès.

[...] je pense de plus que non seulement l'article 39 paragraphe 2 de la *Loi sur le secteur privé* dans les circonstances de la présente affaire, mais encore que les restrictions à l'accès contenues aux articles 37 à 41 de la *Loi sur le secteur privé* épuisent les motifs de refus qu'une entreprise peut invoquer relativement à la protection des renseignements personnels, outre les motifs d'ordre public comme le secret professionnel¹⁹⁴.

Le commissaire réitère une fois de plus le statut particulier des renseignements sur la santé d'une personne¹⁹⁵. Il s'agit exclusivement d'affaires impliquant un refus de l'entreprise de donner communication de renseignements sur la santé de celui

¹⁹¹*Marielle Gauthier-Morin c. Assurance-Vie Desjardins*, [1994] C.A.I. 226 ; *X. c. Assurance-Vie Desjardins*, [1994] C.A.I. 245 ; *X. c. Les services de santé de Québec*, [1994] C.A.I. 263.

¹⁹²[1994] C.A.I. 263.

¹⁹³René Laperrière, "La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (L.Q. 1994, c.17) : Commentaire et guide d'interprétation", *supra*, note 94, à la p. 209.

¹⁹⁴*X. c. Services de santé de Québec*, [1994] C.A.I. 263 à la p. 269.

¹⁹⁵*Ibid.*, à la p. 268.

qui en fait la demande. Le motif de refus invoqué est celui prévu à l'article 39 paragraphe 2 de la Loi, soit l'effet sur une procédure judiciaire dans laquelle l'une ou l'autre de ces personnes a un intérêt. La commission est d'avis que ce motif ne s'applique pas aux renseignements de santé, car c'est l'article 37 de la Loi exclusivement qui pourvoit à ce type de renseignements particuliers¹⁹⁶.

Cependant, il semble que ce ne soit plus l'opinion dominante. Ainsi, dans *Pichette c. S.S.Q.-Vie*¹⁹⁷, le commissaire a émis l'opinion contraire selon laquelle l'article 37 de la Loi ne constituait pas un régime exclusif, le motif prévu à l'article 39 paragraphe 2 pouvant être invoqué par l'assureur quant à l'accès aux renseignements de santé. De plus, la Cour supérieure en révision d'une décision de la Cour du Québec, dans *Personnelle-vie (La), corp. d'assurances c. Cour du Québec*¹⁹⁸, va dans le même sens. Nous concluons par conséquent que cette dernière position est l'état du droit présentement.

¹⁹⁶La décision X. c. *Personnelle-vie (La)*, C.A.I. Mtl 95 13 02, M. Michel Laporte, commissaire, A.I.E. 96 AC-8.

¹⁹⁷[1995] C.A.I. 4. La permission d'interjeter appel a été refusée par la Cour du Québec.

¹⁹⁸[1997] R.J.Q. 2296 (C.S.). Voir également *Assurance-vie Desjardins Laurentienne inc. c. Morin-Gauthier* (le 23 septembre 1997) Montréal 500-02-016602-943, J.E. 97-1950 (C.Q.).

II.4.3. La suppression, la correction et le commentaire de renseignements personnels

L'article 28 de la *Loi*¹⁹⁹ crée un droit de recours pour les personnes concernées, tant contre l'entreprise que contre les personnes physiques ayant effectué une collecte non autorisée par la *Loi*. Si c'est le cas, l'assuré pourra faire supprimer ce renseignement. Si l'assuré ignore qu'une entreprise, tel le Bureau des renseignements médicaux, détient un dossier à son sujet, le droit d'accès et de rectification demeure théorique. L'article 28 de la *Loi* fait référence aux droits prévus à l'article 40 du *C.c.Q* qui se lit ainsi:

40. Toute personne peut faire corriger, dans un dossier qui la concerne, des renseignements inexacts, incomplets ou équivoques ; elle peut aussi faire supprimer un renseignement périmé ou non justifié par l'objet du dossier, ou formuler par écrit des commentaires et les verser au dossier.

Ces dispositions créent trois droits : le droit de rectification, le droit de suppression et le droit de commentaire²⁰⁰.

Le législateur cherche à assurer l'exercice des droits prévus aux articles 37 à 40 du *Code civil du Québec* et ceux prévus par la *Loi* en créant une obligation générale pour les

¹⁹⁹Art.28 de la *Loi*. "Outre les droits prévus au premier alinéa de l'article 40 du *Code civil*, la personne concernée peut faire supprimer un renseignement personnel la concernant si sa collecte n'est pas autorisée par la loi."

²⁰⁰René Laperrière, *supra*, note 94, à la p. 200.

personnes exploitant une entreprise, de prendre les mesures nécessaires²⁰¹, afin de permettre l'exercice des droits des personnes concernées. De plus, s'il s'avérait que des difficultés se présentent quant à l'exercice des droits prévus, l'article 41 du C.c.Q. prévoit que le tribunal peut décider.

Ainsi, une personne, dont les droits n'ont pas été respectés quant à l'accès ou la rectification d'un renseignement personnel ou sur sa suppression d'une liste nominative, pourra soumettre cette mésentente à la Commission. Le libellé de l'article 42 de la *Loi* semble limiter ce type de recours aux demandes d'accès, de rectification ou d'application de l'article 25 de la *Loi* concernant la suppression.

²⁰¹Art. 29 de la *Loi*. "Toute personne qui exploite une entreprise et détient des dossiers sur autrui doit prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exercice par une personne concernée des droits prévus aux articles 1'exercice par une personne concernée des droits prévus aux articles 37 à 40 du Code civil du Québec ainsi que des droits conférés par la présente loi. Elle doit notamment porter à la connaissance du public l'endroit où ces dossiers sont accessibles et les moyens d'y accéder."

**PARTIE III: UNE TENTATIVE DE RÉCONCILIATION ENTRE LES BUTS
ÉCONOMIQUES DE LA SÉLECTION DU RISQUE ET LES
DROITS FONDAMENTAUX DE L'ASSURÉ**

Cette partie a comme objectif de concilier les intérêts financiers des assureurs et les droits fondamentaux de l'assuré. Elle se divise en deux sections : tandis que l'une souligne certaines lacunes de la pratique des compagnies d'assurance-vie et propose des améliorations qui ne modifient pas fondamentalement leurs habitudes, l'autre, plus innovatrice, suggère une nouvelle avenue concernant l'exigence de l'examen médical, celle de donner la possibilité au client de choisir le professionnel de la santé ou son médecin traitant pour effectuer les tests de dépistage ou l'examen médical requis. Notre propos demeure toujours dans l'optique du respect du droit à la vie privée de l'assuré potentiel et de son droit à la confidentialité et à la non-discrimination.

**III.1. L'ÉLABORATION D'UNE DÉMARCHE ADÉQUATE DE SÉLECTION
DES RISQUES**

Le consentement signé dans la formule de la proposition d'assurance permet cette atteinte à l'intégrité et cette intrusion dans la vie privée de l'assuré potentiel. En souscrivant à une police d'assurance-vie, nul ne peut contester le principe que l'assuré se résout à dévoiler une partie de sa vie privée en répondant au questionnaire préparé par l'assureur.

III.1.1. L'élaboration d'un questionnaire adéquat

Nous avons décrit certains types de questions tout en analysant leur pertinence. Ce qui suit résumera brièvement les différents types de questions posées et présentera un modèle provenant de l'étranger pouvant servir à l'élaboration d'un questionnaire juste et exempt de discrimination.

a) Types de questions

Les questions visant les séjours effectués par l'assuré dans les pays à forte densité de personnes atteintes du SIDA ne contreviennent nullement au droit à la vie privée de l'assuré. De toute façon, elles sont raisonnables en regard de la renonciation au droit à la vie privée faite par ce dernier. Deuxièmement, l'assureur peut se fier à la véracité des réponses données.

Les questions sur la consommation de drogues injectables nous apparaissent raisonnables étant donné la pertinence du risque lié à ce genre de pratique. Cependant, elles risquent de recevoir une réponse négative dans la plupart des cas. Advenant le décès de l'assuré causé par le VIH, l'assureur peut recourir au dossier médical. Si ce dernier fait état de consommation de drogues injectables, alors une fausse déclaration à ce type de questions entraînerait la nullité de l'assurance souscrite. Advenant le décès de l'assuré, ce type de questions peut être utile.

Bien que les questions sur le nombre de partenaires

sexuels ou les types de relations soient pertinentes et les réponses à obtenir soient significatives, nous trouvons qu'elles sont tout à fait inappropriées et inacceptables. Non seulement l'assureur cherche à s'immiscer dans la vie privée de l'assuré, mais il touche en plus à l'intimité de la personne. Quoi de plus intime et personnel que sa sexualité. Même si les relations homosexuelles ou bisexuelles ou le fait d'avoir plusieurs partenaires sexuels apparaissent inacceptables aux yeux de certains, il n'en demeure pas moins que la souscription à une assurance-vie ne commande pas une atteinte aussi importante au droit à la vie privée de la personne. Nul n'est intéressé à divulguer à un courtier ou à un agent d'assurance ses habitudes sexuelles et à voir ces renseignements inscrits dans son dossier. De plus, une confiance aveugle dans les mesures prises en matière de confidentialité relèverait de la naïveté. Contrairement au domaine médical requérant ces informations en raison de son but sanitaire et préventif, le domaine de l'assurance a uniquement une visée commerciale. Deuxièmement, vu sous un angle pratique, il n'y a aucun moyen pour l'assureur de vérifier la véracité des déclarations de l'assuré.

Cette intrusion dans la vie privée est si importante qu'on ne peut argumenter que l'assuré est requis de renoncer à son droit s'il veut obtenir l'assurance-vie.

Maintenant, voyons l'impact de certaines questions vues sous l'angle de la discrimination. Des questions claires sur l'origine ethnique, la race, la couleur sont interdites et ne peuvent servir pour établir le taux de la prime en vertu des articles 10, 13, et 20.1 *a contrario* de la Charte québécoise;

ces questions, non plus que celles sur l'orientation sexuelle, ne peuvent servir à un usage discriminatoire, soit imposer un test de dépistage du VIH ou refuser purement et simplement un assuré potentiel. Le refus d'assurer ou l'exigence d'un test de dépistage fondés sur la présomption d'homosexualité basée sur les caractéristiques comme le mode de vie constituent des pratiques discriminatoires.

Non seulement l'assureur agit d'une manière discriminatoire, mais il crée une injustice à l'égard des personnes présentant les caractéristiques d'un profil jugé homosexuel, ce dernier conçu selon des observations contestables, alors que ces personnes ne font peut-être pas partie de ce groupe. De plus, le fait de refuser d'assurer la vie d'homosexuels ou de bisexuels mâles exacerbe la discrimination dont ces groupes sont déjà victimes socialement. Nous mettons en doute le bien-fondé de cette pratique, puisque seulement une petite partie de la population homosexuelle développera le syndrome²⁰². Tant les lignes directrices de l'ACCAP que celles du "National Association of Insurance Commissioners (NAIC) organisme américain semblable à l'ACCAP, prohibe la recherche de l'orientation sexuelle de l'assuré comme critère de sélection²⁰³.

²⁰²De toute façon, cette classe d'assurés est boiteuse, puisque statistiquement les données ne sont plus aussi révélatrices quant à la prévalence du VIH à l'intérieur de ce groupe, plutôt que dans la population hétérosexuelle, vu que le VIH est en train de se propager rapidement parmi les hétérosexuels. Voir Benjamin Schatz, *supra*, note 52, à la p. 1788.

²⁰³Martin Gunderson et David J. Mayo, *supra*, note 80, à la p. 174.

b) Le modèle proposé par des auteurs de la Belgique et de la Hollande

Pour terminer cette section sur la pertinence des informations demandées par l'assureur, voici le modèle proposé par les auteurs Thierry Vansweevelt²⁰⁴ et Els TM Olsthoorn-Heim²⁰⁵, respectivement de la Belgique et de la Hollande.

Ce modèle se base sur le test du critère de la proportionnalité. "Il s'ensuivrait un déséquilibre entre le but poursuivi par l'assureur et les moyens utilisés. C'est pour cette raison que ces questions sont illicites"²⁰⁶. À noter qu'en Hollande, une obligation d'accepter le risque existe s'il s'agit d'assurance-santé ; en assurance-vie, leur situation se compare aisément à la nôtre. Ces auteurs partent du principe de l'établissement d'une balance des intérêts en présence²⁰⁷.

Évidemment, l'assuré doit consentir à une certaine intrusion dans sa vie privée, particulièrement en ce qui concerne ses renseignements médicaux²⁰⁸. Pour l'auteur Els TM Olsthoorn-Heim, la protection doit être renforcée autour des intérêts de l'individu et de la société par opposition à ceux de l'assureur, tandis que pour Thierry Vansweevelt, le conflit

²⁰⁴ Thierry Vansweevelt, *supra*, note 77, aux pp. 122 à 127.

²⁰⁵ Els TM Olsthoorn-Heim, "AIDS : HIV Testing and Private Insurance", *supra*, note 74, aux pp. 13 et 14.

²⁰⁶ Thierry Vansweevelt, *supra*, note 77, à la p. 126.

²⁰⁷ *Ibid.*, à la p. 125 ; Els TM Olsthoorn-Heim, *supra*, note 74, à la p. 12.

²⁰⁸ Thierry Vansweevelt, *ibid.*, à la p. 124 ; Els TM Olsthoorn-Heim, *ibid.*, à la p. 1.

d'intérêts entre ceux de l'assuré et ceux de l'assureur devrait être réglé en faveur de l'assureur²⁰⁹. Nous remarquons que ce dernier auteur ne mentionne pas l'intérêt de la société en général. Ces auteurs présentent toutefois sensiblement le même modèle. Il s'agit d'un modèle en deux volets : le critère de pertinence et le critère de proportionnalité²¹⁰, lequel nous intéresse plus particulièrement. Voici comment s'exprime T. Vansweevelt²¹¹ expliquant le critère de pertinence :

Ce critère implique que, en l'occurrence, on peut admettre que le droit à la vie privée a en principe des limites, à condition que les renseignements demandés soient utiles pour l'appréciation du risque²¹².

Mais, selon cet auteur, il ne suffit pas que la question ait une incidence sur l'évaluation du risque, il faut de plus qu'elle respecte le critère de proportionnalité :

[...] il doit y avoir une proportionnalité acceptable entre l'appréciation du risque et l'incidence des questions posées²¹³.
[...] En vertu de ce principe, il doit exister une proportion raisonnable entre le but à atteindre et les moyens utilisés²¹⁴.

²⁰⁹Thierry Vansweevelt, *ibid.*, à la p. 122.

²¹⁰*Ibid.* aux pp. 122, 125 et 126 ; Els TM Olsthoorn-Heim, *supra*, note 74, aux pp. 13 et 14.

²¹¹ Thierry Vansweevelt, *ibid.*, à la p. 125.

²¹² À sa note 376, l'auteur fait référence à ceci : "Jurisdiscche aspecten van verzekering in geval van AIDS : risico" Turede Kamer, 1987-88, 19218, no 10, p. 8 ; T.E. Braake, *T., o.c., T.v. G.R.*, 1988, 407.

²¹³Thierry Vansweevelt, *supra*, note 77, à la p. 126.

²¹⁴*Ibid.*, à la p. 122.

L'auteur Els TM Olsthoorn-Heim écrit que les méthodes de sélection du risque doivent être raisonnables. Le critère du caractère raisonnable requiert le respect de trois conditions: la pertinence, c'est-à-dire que l'utilisation de la méthode doit avoir un lien direct avec le but visé ; la subsidiarité, signifiant qu'il n'y a pas d'autres moyens moins drastiques disponibles et la proportionnalité, voulant que les moyens doivent être en proportion avec les fins²¹⁵.

Ce modèle s'applique tant à l'obligation de déclarer de l'assuré et aux enquêtes menées par l'assureur par le questionnaire qu'aux tests de dépistage. Le critère de proportionnalité peut aisément être intégré par les tribunaux québécois dans leur recherche de la justification ou non de l'atteinte du droit à la vie privée prévu à l'article 5 de la *Charte québécoise*. Il pourrait servir d'inspiration aux tribunaux de droit commun, de même qu'à la Commission d'accès à l'information et à la Commission des droits de la personne dans l'interprétation de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. La justification de l'atteinte au droit à la vie privée selon cette disposition doit répondre aux critères de rationalité et de proportionnalité élaborés pour l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés²¹⁶.

²¹⁵Els TM Olsthoorn-Heim, *supra*, note 74, à la p. 13.

²¹⁶*Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B, 1982 (R.-U.), c. 11.*

III.1.2. L'obtention d'un consentement libre, éclairé, manifeste et donné à des fins spécifiques quant aux tests de dépistage

Nous avons traité en deuxième partie de l'obligation de l'assureur d'obtenir un consentement manifeste, libre, éclairé et donné à des fins spécifiques de la part de son assuré avant de le soumettre à un test de dépistage du VIH.

Afin d'évaluer la suffisance du consentement, il faut examiner si l'assuré éventuel a reçu des informations sur la personne effectuant le test, sur l'utilisation de l'information recueillie, sur les personnes à qui seront divulgués et communiqués les renseignements et si un résultat positif au test du VIH sera ou non transmis à son médecin traitant²¹⁷. De plus, la nature des tests à passer, leurs buts et leurs conséquences doivent être bien comprises par l'assuré. Les assureurs doivent donc vérifier si l'assuré comprend effectivement la portée de son consentement²¹⁸.

²¹⁷Lorne E. Rozovsky, *AIDS and Canadian Law*, *supra*, note 136, aux pp. 7, 10 et 11.

²¹⁸À titre d'exemple, l'auteur Sandra E. Stone suggérerait qu'un consentement valide de l'assuré exigeait 1) une description des limites de la confidentialité et ses limites, 2) une description du test, de ses buts, utilisations, limites et résultats, 3) une description des procédures qui seront utilisées pour la communication à l'assuré éventuel des résultats. Voir Sandra E. Stone, "HIV Testing and Insurance Applicants : Exploring Constitutional Alternatives to Statutory Protections" (1992) 19 *Hastings Const. L. Quarterly* 1107 à la p. 1172.

a) La formation du personnel travaillant pour l'assureur

Nous avons écrit à la partie I.2.3. qu'en pratique, les compagnies d'assurance, par le biais du professionnel de la santé à leur emploi, ne s'acquittent pas de ce devoir. Il semblerait que l'infirmière se présente comme travaillant pour telle compagnie d'assurance et qu'elle effectue les tests requis par l'assureur sans mentionner ce qu'on vise à détecter. Quant à l'information sur les conséquences du test de dépistage du VIH, elle est inexistante.

Sur ce point, les compagnies d'assurance auraient intérêt à donner des directives au personnel engagé selon lesquelles le droit à l'information de l'assuré devrait être respecté. Il s'agit de l'intégrité corporelle de l'assuré.

À ce sujet, il est intéressant de souligner la position de l'auteur hollandais Thierry Vansweevelt sur la place du médecin travaillant pour la compagnie d'assurance de personnes. Il écrit:

Tout d'abord, le médecin ne pratiquera le test-VIH qu'après avoir obtenu le *consentement éclairé* du futur assuré. Le but, la valeur et les conséquences éventuelles du test doivent être expliquées clairement à l'intéressé [...]. La personne la plus indiquée pour le faire est le *médecin qui examine le candidat-assuré*, parce qu'il représente l'assureur. Au cas exceptionnel où l'assuré peut choisir lui-même son médecin, cette tâche d'éclairer son patient incombe au médecin traitant.

Nous soumettons que tout médecin ou le plus souvent toute infirmière, qu'il ou qu'elle travaille dans le réseau de la

santé ou pour une compagnie d'assurance de personnes, a le devoir d'informer adéquatement la personne de la nature, du but et des conséquences des tests qu'il ou qu'elle s'apprête à administrer²¹⁹.

b) Un formulaire écrit plus spécifique et mieux adapté

En deuxième partie, nous avons discuté de la généralité et de l'imprécision de l'"Avis et consentement concernant les tests de sang, d'urine et de salive qui peuvent comprendre la recherche de l'anticorps contre le virus du sida (VIH)". L'imprécision résulte du défaut d'énumération des tests qui seront spécifiquement effectués sur un échantillon de sang, d'urine ou de salive d'un assuré particulier. Même la détection du VIH ne semble pas automatique si l'on se fie aux termes de l'avis. De plus, le formulaire est uniforme pour tous les assurés requérant une couverture d'assurance-vie. Il mentionne certains types de tests sans les restreindre à l'énumération qui y est faite.

Pour remédier à ces imperfections, nous avons pensé que l'assureur pourrait adopter différents modèles de formulaires selon les tests qui sont exigés en fonction du

²¹⁹ Thierry Vansweevelt, *supra*, note 77 à la p. 122; Centre québécois de coordination sur le SIDA, *Programme de formation sur le SIDA*, Ministère de la santé et des services sociaux, 1991 à la p. 309; Gerald D. Chipeur, "Blood Testing without Consent: The Right to Privacy versus the Right to Know (Part I)", *supra*, note 132, aux pp. 521 et 522; M. Gunderson, D.J. Mayo et F.S. Rhame, *AIDS: Testing and Privacy*, *supra*, note 80, à la p. 177.

montant d'assurance et des réponses données au questionnaire par l'assuré potentiel. Premièrement, tous les tests à effectuer devraient être inscrits sur le formulaire d'"avis et consentement" que l'assuré signe ; aucun autre test ne devrait pouvoir être fait à moins de consentement libre, manifeste, éclairé et spécifique donné par l'assuré. Présentement, nous soumettons que l'"avis et consentement" ne constitue pas un consentement valide à l'opération d'autres tests non mentionnés.

Le consentement de la personne requérant l'assurance-vie est au coeur de toute démarche de dépistage par l'assureur. Nous soumettons que toutes les informations sur la nature des tests, leurs buts, la divulgation des résultats et leurs conséquences, devraient se retrouver non pas au verso, mais au recto de la formule d'avis et consentement sur laquelle l'assuré appose sa signature.

Comme nous l'avons expliqué précédemment, l'assureur mentionne à l'assuré potentiel, par la formule d'avis et consentement, que des résultats positifs au test du VIH pourraient "avoir des répercussions défavorable sur [sa] proposition d'assurance", ce qui signifie d'autres tests de laboratoire, une demande d'assurance peut-être refusée, une prime majorée ou d'autres modifications de la police.

Pourquoi ne pas informer adéquatement l'assuré et, par le fait même, lui faire prendre conscience de l'importance de résultats positifs au test du VIH au moment de la soumission de la proposition d'assurance-vie ?

Une chose simple, mais élémentaire : il faudrait absolument informer clairement le client qu'il est requis de

subir un examen médical ou de fournir un échantillon de salive, d'urine ou de sang, qu'un test de dépistage du VIH sera effectué et que s'il est porteur de ce virus, sa proposition sera automatiquement rejetée.

Nous souhaiterions que l'assureur recommande à tout assuré susceptible d'avoir été en contact avec le VIH d'effectuer une démarche personnelle dans le réseau de la santé avant de se soumettre à un test effectué par l'assureur. Certains assurés décideront vraisemblablement de s'éliminer d'eux-mêmes, s'ils sont informés clairement, directement et par écrit, qu'un test de dépistage du VIH sera effectué par l'assureur peu importe le montant souscrit ou les réponses données. Leur vie privée et intimité s'en trouveront davantage protégées.

III.1.3. La divulgation des résultats à l'assuré

Selon l'"avis et consentement", la communication des résultats n'aurait lieu qu'en cas d'obtention de résultats anormaux aux divers tests. Alors, placé devant un résultat positif au test du VIH, l'assureur pourrait divulguer directement à l'assuré le résultat séropositif sans autre préambule ou tout simplement refuser sa proposition. Cette façon d'agir pourrait créer tout un émoi chez le candidat refusé.

Nous voyons deux pistes de solution afin de minimiser l'atteinte à la vie privée de l'assuré et de lui éviter un trop grand choc. Pour emprunter l'une ou l'autre de ces

avenues, l'assureur devrait toujours demander à la personne qui remplit une proposition d'assurance d'indiquer le nom d'un médecin traitant, à qui la communication des résultats doit être faite.

Comme première voie, le laboratoire chargé d'effectuer l'analyse des tests communiquerait les résultats, quels qu'ils soient, directement au médecin traitant. Ce médecin communiquerait à l'assuré, non pas par un simple appel téléphonique ou par lettre, mais par une rencontre personnelle, les résultats des tests. C'est seulement par la suite, que l'assuré déciderait s'il consent à la divulgation à l'assureur des renseignements sur sa condition de santé .

Cette approche permettrait à l'assuré de connaître le premier, les renseignements qui le concernent, et de décider lui-même de les divulguer ou non à l'assureur. Évidemment, si l'assuré consentait à la divulgation, le laboratoire communiquerait à l'assureur tous les résultats médicaux obtenus au moyen des tests. Nous avons discuté précédemment, des dangers d'intrusion dans la vie privée de l'assuré potentiel avec la formule d'autorisation signée à des fins d'échange et de divulgation de renseignements personnels. Grâce à cette approche, aucun renseignement médical ne risque de se retrouver inscrit dans le dossier que l'assureur a constitué sur l'assuré potentiel et ainsi, la vie privée de ce dernier est mieux protégée. De plus, c'est le médecin traitant qui demeure le mieux placé pour annoncer des résultats anormaux; comme l'assuré potentiel est son patient, il existe une relation médecin-patient

basée sur la confiance, ce qui n'est nullement le cas entre un assuré et un agent ou un membre du personnel de l'assureur.

Bien que cette première suggestion nous apparaisse séduisante, elle ne peut être retenue en raison des coûts des tests défrayés par les compagnies d'assurance. En effet, l'assureur paie pour le dépistage et pour l'analyse des résultats. Il se retrouverait soumis à la volonté de son client de lui communiquer les résultats ou non. C'est pourquoi nous soumettons que cette approche aurait peu de succès.

Au fond, le principe important à défendre ici, est l'inviolabilité de la personne. D'où le devoir d'information de l'assureur qui ne peut se passer d'un "counseling pré et post tests". Pour satisfaire à cette exigence, nous suggérons une deuxième avenue.

Nous proposons que l'assureur adopte la démarche suivante. Après avoir obtenu le nom d'un médecin lors de la soumission de la proposition d'assurance, l'assureur recevant les résultats d'analyse du Laboratoire devrait les communiquer obligatoirement et immédiatement au médecin traitant. Peu importe l'assurabilité ou non de l'assuré requérant, c'est le médecin indiqué par l'assuré qui rencontrerait l'assuré en tant que patient pour l'annonce des résultats. À cette occasion, l'assuré obtiendrait du médecin qu'il aurait choisi, l'explication adéquate sur la signification des résultats aux différents tests. En aucun cas, un assureur ou un de ses agents ne pourrait se permettre d'avertir lui-même l'assuré potentiel, du refus de

sa proposition, et, encore moins de l'état séropositif de ce dernier. À défaut d'avoir eu un "counseling" pré-test d'un professionnel de la santé choisi par lui, l'individu bénéficierait maintenant d'un professionnel de la santé apte à discuter des stratégies à adopter, pour une thérapie tant physique que psychologique. Cette approche n'engendre pas de coûts supplémentaires pour la compagnie d'assurance. Elle a l'avantage de respecter le client dans toute sa personne, mais elle a l'inconvénient de permettre à l'assureur d'avoir connaissance des résultats et de les conserver dans ses dossiers, contrairement à ce qui devrait être.

Nous examinons cette possibilité dans la section suivante et nous proposons certains correctifs.

III.1.4. La cueillette, la détention, l'utilisation et la communication des renseignements personnels par l'assureur

L'assureur dispose de nombreux moyens afin d'accumuler des renseignements personnels sur l'assuré. Quelquefois, certaines pratiques vont à l'encontre du droit à la vie privée et à la confidentialité de l'individu. La formule d'autorisation signée par l'assuré doit être claire et précise, que les renseignements personnels soient recueillis auprès de tiers ou directement de l'assuré.

La section suivante propose des améliorations à apporter au niveau de l'information à donner à l'assuré quant au

traitement de ses renseignements personnels.

a) Les renseignements recueillis auprès de tiers

Présentement, dans la pratique, l'assuré directement concerné manque grandement d'informations relativement aux trois éléments énumérés à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et particulièrement sur les droits d'accès à ses dossiers.

Concrètement, comme il a été mentionné dans la partie concernant les tests de dépistage, il n'est pas rare d'obtenir des réponses évasives de la part d'agents ou de courtiers à des questions concernant les recherches et enquêtes effectuées par l'assureur et sur la communication et la détention des renseignements personnels. Quant aux renseignements recueillis auprès de tiers, c'est le marché libre de l'échange d'informations une fois les formules d'autorisation signées.

Nous suggérons fortement aux compagnies d'assurance soumises à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* de préparer un document écrit séparé, expliquant à la personne sur laquelle un dossier est constitué, les éléments que nous avons déjà décrits²²⁰: l'information de l'objet du dossier, l'utilisation des renseignements et des catégories de personnes qui y auront accès, l'endroit où le dossier sera détenu ainsi que

²²⁰Voir texte ci-dessus à la section I.2.3 b).

les droits d'accès ou de rectification.

**b) Une formule d'autorisation permettant à l'assureur
l'obtention de renseignements personnels et médicaux sur
l'assuré**

La formule d'autorisation que l'assuré signe afin de permettre à l'assureur de quérir les renseignements qu'il désire pour l'évaluation du risque ou du sinistre, devrait refléter cette volonté d'informer les assurés de la portée de leur consentement. Car, faut-il le mentionner, les assurés ne possèdent aucun pouvoir de négociation face aux assureurs quant aux restrictions qu'ils pourraient fixer, relativement à la portée de la renonciation au droit à la confidentialité. Sur ce point, nous sommes en désaccord avec la Cour suprême dans la décision *Frenette c.*

Métropolitaine (La) dont nous avons traité précédemment; c'est manquer de réalisme que de croire que l'assuré fixe lui-même les conditions auxquelles il adhère quant à la portée de la communication des dossiers médicaux et hospitaliers.

Cependant, les compagnies d'assurance, persistant à faire signer à leurs assurés potentiels une clause aussi générale et large, se verront freiner tôt ou tard, par les dispositions de la nouvelle *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* qui circonscrit la portée de l'accès, par le biais du critère de nécessité des renseignements demandés.

On peut donc conclure que la formule d'autorisation dans

les polices d'assurance-vie devrait se libeller d'une manière ne pouvant laisser de doute quant à la renonciation que l'assuré fait de son droit à la confidentialité. Sa renonciation devrait également répondre maintenant aux exigences de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, concernant son consentement à savoir qu'il est manifeste, libre, éclairé et donné à des fins spécifiques. Il reste toujours à déterminer le contenu de la notion de consentement requis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*.

En plus d'indiquer l'objet du dossier constitué et l'utilisation des renseignements recueillis²²¹, les assureurs devraient idéalement prévoir un guide d'information destiné aux assurés potentiels, leur expliquant le contenu et la portée de leur renonciation et les implications entraînées par leur consentement à ce que l'assureur obtienne des renseignements personnels et médicaux à leur sujet. De plus, nous sommes d'avis que la divulgation des renseignements devrait être limitée dans le temps²²². Ne serait-ce pas là, répondre véritablement à la norme du

²²¹Hélène Guay, Bartha Knoppers et Isabelle Panisset, "La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi", *supra*, note 18, à la p. 219. La Commission des droits et libertés de la personne du Québec avait émis l'avis que l'assureur ait l'obligation de donner des précisions quant à l'utilisation de l'information et la nature de l'information transmise.

²²²*Ibid.* Commentaire inspiré de l'avis de la Commission des droits et libertés de la personne du Québec, "Échange de renseignements entre compagnies d'assurance-vie et violation de la vie privée", document adopté par la Commission, résolution COM-93-9.1.11, 11 janvier 1980 [non publié].

consentement?

Pour éliminer à la base toute discrimination ou atteinte à la vie privée, l'auteur René Laperrière²²³, suggère qu'il aurait fallu interdire la collecte et l'usage des données comportant ces dangers, sauf à obtenir le consentement de la personne concernée dans les cas où il en résulte un avantage manifeste pour elle. Par ailleurs, l'exemple de la Convention européenne pourrait nous inspirer. L'article 6 énonce que "les données à caractère personnel relatives à la santé et à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement, à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées."

Du moins, l'article 90 de la *Loi sur les renseignements personnels* confère, par le pouvoir de réglementation du gouvernement vis-à-vis de la brève énumération de sujets, la possibilité de "distinguer des secteurs d'activités ainsi que des catégories de renseignements personnels et de dossiers." À ce jour, nous n'avons trouvé aucun règlement adopté en vertu de l'article 90 et s'appliquant au domaine d'étude, l'assurance-vie. La *Loi* ne donne pas la possibilité de règlements sectoriels et n'adopte pas une approche d'autoréglementation. Selon nous, elle laisse trop de discrétion à l'entreprise.

²²³René Laperrière, *supra*, note 94, aux pp. 153 et 154.

III.2. LA POSSIBILITÉ DE CHOISIR LE PROFESSIONNEL DE LA SANTÉ OU SON MÉDECIN TRAITANT POUR EFFECTUER LES TESTS DE DÉPISTAGE OU L'EXAMEN MÉDICAL REQUIS

Notre propos traitera de la possibilité pour l'assuré potentiel de choisir le médecin qui lui fera passer l'examen médical exigé par l'assureur-vie.

Notre proposition se veut la réconciliation entre, d'une part, la possibilité de l'assureur d'imposer un test de dépistage du VIH et d'autre part, le droit de l'assuré de protéger sa vie privée et d'éviter la discrimination à son endroit.

L'assuré fait preuve le plus souvent d'une certaine méfiance envers le médecin-conseil de l'assureur en raison d'un bris de confidentialité toujours possible soit de la part de ce médecin, soit de l'assureur ou soit de son personnel. Nous suggérons donc que le client potentiel puisse choisir le médecin qu'il désire pour subir l'examen médical requis par l'assureur, parce qu'il est la personne la plus appropriée²²⁴.

Nous tenterons de démontrer que l'imposition du médecin-conseil à l'assuré, ne correspond pas à la relation de confiance médecin-patient et, qu'elle va à l'encontre de l'intégrité et de la vie privée du patient. Puisque l'infirmière faisant passer les tests de dépistage, que ce soit les tests de salive, d'urine ou les prises de sang, omet de donner l'information adéquate à l'assuré potentiel,

²²⁴Thierry Vansweevelt, *supra*, note 77, aux pp. 128 et 129.

on peut douter du consentement libre et éclairé de ce dernier. Par conséquent, le droit à l'inviolabilité de la personne de l'assuré n'est pas respecté.

III.2.1. L'examen des bases juridiques du droit pour l'assuré de choisir son professionnel de la santé

Notre suggestion vise un double objectif: il permet à l'assureur d'éliminer le risque que représente le VIH, et il offre à un assuré potentiel la possibilité de protéger son intimité, en l'autorisant à choisir le médecin avec lequel s'effectuera l'examen médical. En Belgique notamment, l'assuré a une telle possibilité²²⁵. Nous examinerons, en premier temps, quel pourrait être le fondement légal de la réclamation d'un tel droit, et par la suite, quels seraient les aspects légitimes militent en sa faveur.

L'examen médical complet ou les différents tests de dépistage requis par l'assureur-vie font partie d'une de ces obligations, à laquelle l'assuré doit obtempérer lorsque l'assureur le requiert.

En assurance-vie, l'examen médical et les tests sont nécessaires dans l'évaluation du risque que représente l'état de santé de l'assuré potentiel²²⁶. Enfin, nous prenons pour acquis que l'imposition de tests de dépistage du VIH,

²²⁵Jean-Luc Fagnart, *supra*, note 128, aux pp. 691-692.

²²⁶Jean-Luc Fagnart, *ibid.*, aux pp. 700 et 701; Karen A. Clifford, Russel P. Iuculano, *supra*, note 51, aux pp. 1811 et 1812; J. Howard, "HIV Screening: Scientific, Ethical, and Legal Issues" (1988) 9 J. Leg. Med. 601 à la p. 610.

dans le contexte de l'assurance-vie, peut se justifier en certaines circonstances.

Le *Code civil du Québec*, au chapitre quinzième "Des assurances", n'établit pas d'encadrement pour l'examen médical; il faut se tourner vers les articles 3, 10 et suivants du *C.c.Q.*, les articles 1, 4, 5 et 9 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*.

C'est seulement par le biais de ces articles que, légalement, le droit au choix de son médecin se défend et trouve un fondement.

Le droit de recevoir des soins par le médecin de son choix diffère selon le contexte. Il convient d'explorer différents domaines à des fins d'analogie. D'abord, le législateur reconnaît ce droit à l'article 6 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*²²⁷. Cependant, la *LSSSS* ne s'applique pas aux compagnies d'assurance-vie. En droit commercial, les tribunaux se sont également penchés sur ce droit. Voici les principes qui sous-tendent le droit au choix de son professionnel de la santé.

Premièrement, en vertu de la *LSSSS*, le droit au choix de son médecin n'est pas absolu; deuxièmement, ce droit s'applique autant aux soins thérapeutiques que non thérapeutiques, autant aux interventions minimales que plus importantes.

Dans un domaine tout à fait différent, le droit

²²⁷L.R.Q., c. S-4.2 [ci-après la *L.S.S.S.S.*].

commercial, deux décisions de la Cour supérieure traitent de la légalité de la clause de non-concurrence touchant la clientèle d'un professionnel de la santé. Ces clauses sont examinées sous l'angle du droit du patient de choisir la personne qui lui prodiguera les soins requis. Dans *Jeanty c. Labrecque*²²⁸, la Cour supérieure a déclaré la clause en litige contre l'ordre public. Elle restreignait l'ouverture d'un cabinet de médecins semblable, et ce, à l'intérieur d'un délai de cinq ans et dans un rayon de cinq milles. La Cour la considère *prima facie* illégale, parce que contre l'ordre public, puisqu'elle constitue une entrave au système de santé québécois, voulant assurer à tout malade le libre choix de son médecin. La Cour supérieure cite le *Code de déontologie des médecins*²²⁹ qui empêche, à son article 52 (ancien), de porter atteinte au libre choix du médecin par le malade.

Une autre décision de la Cour supérieure, *Leclair c. Houle*²³⁰, affirme la légalité de la clause qui était en litige. Il est bon de reproduire la clause contestée :

Le vendeur doit s'abstenir de tout intérêt direct ou indirect dans toute pratique de sa profession de chirurgien dentiste, de ne prêter assistance à titre de dentiste à un ou des dentistes, de ne pas solliciter directement ou indirectement la clientèle

²²⁸[1978] C.S. 463.

²²⁹A.C. 3391 du 6/10/71, (1971) 103 G.O. 8091, art.52 a.3.

²³⁰(le 5 janvier 1995), Trois-Rivières 400-05-000280-926, J.E. 315-924 (C.S.). Il est à noter que cette décision est en appel, mais sur un autre point de droit, soit l'interprétation à donner au terme "solliciter".

qu'il a traitée au Centre Dentaire Drolet et Houle, de ne pas fournir à un(e) dentiste les noms d'une) ou plusieurs client(es) et/ou de ne pas poser tout acte qui soit de nature à faire concurrence au bureau et ce, à compter de ce jour et pendant une période de deux (2) ans, le tout dans un rayon de cinquante (50) milles du lieu où est établi le Centre Dentaire Drolet et Houle, le tout sur la Rive Sud du Saint-Laurent seulement.

Le caractère d'ordre public de ce droit trouve son fondement dans la relation très personnelle qui s'établit entre le professionnel et son patient, laquelle s'inscrit dans le droit à l'intégrité de la personne, droit fondamental reconnu par la *Charte québécoise*. Sur ce point, nous sommes en accord avec les propos du juge Legris²³¹. Ce jugement souligne la confiance qui est au coeur de la relation médecin-patient. Il n'analyse cependant pas la teneur ni la portée du droit de choisir le professionnel de la santé de son choix. De plus, à ce jour, aucune décision de la Cour d'appel n'existe sur le droit au libre choix du professionnel de la santé, en contexte de clause de non-concurrence.

Voyons maintenant la jurisprudence de la Commission

²³¹Le juge Legris écrit d'abord que la légalité de la clause doit être examinée suivant deux angles : celui de l'intérêt collectif et celui de l'intérêt privé des parties. Selon lui, "puisque les parties, par leur profession, prodiguent des services de santé à la collectivité, il est d'ordre public que les patients jouissent du libre choix de leur dentiste, tout comme leur médecin, avocat, notaire, architecte, dont les services sont essentiels et en qui ils mettent toute leur confiance." Nous sommes d'avis que la qualification d'intérêt public ne sied pas au droit de choisir son professionnel. Au contraire, il s'agit d'intérêt privé, entre le professionnel et le patient potentiel ou client. Ce n'est pas la nécessité de ce type de service à toute la collectivité, mais plutôt la relation de confiance indispensable qui confère à ce droit le caractère d'ordre public.

d'accès à l'information. La décision *X. c. Les services de santé du Québec*²³² va plus loin que *Dow Chemical Canada Inc.* précitée, à propos de la relation de confiance. Une fois de plus, la mésentente concernait une demande d'accès de renseignements médicaux par l'assuré. L'assuré accepte de subir un examen médical par le médecin de l'employeur ; les résultats ne sont pas communiqués au médecin traitant désigné par l'assuré, tel qu'il était supposé être fait selon les termes de la proposition d'assurance. La politique de l'assureur était de conserver les résultats médicaux s'il concluait à l'absence d'invalidité. L'assureur refuse de donner à la personne concernée l'accès à ses dossiers médicaux.

La Commission souligne que l'assuré consent à l'examen médical dans l'attente raisonnable de recevoir copie du rapport d'examen²³³. Elle ajoute un élément important : le fait pour l'assureur d'imposer un médecin à l'assuré est contestable juridiquement. La Commission mentionne qu'il n'y a aucune clause du contrat, ni l'article 2438 du *C.c.Q.* qui permet le choix du médecin par l'assureur.

Art. 2438. L'assuré doit se soumettre à un examen médical, lorsque l'assureur est justifié de le demander en raison de la nature de l'invalidité.

Bien que cette disposition vise des situations intervenant après un sinistre et non au moment de la formation du

²³² [1994] C.A.I. 263.

²³³ *X. c. Les services de santé du Québec*, [1994] C.A.I. 263 à la p. 268.

contrat, nous soumettons que les décisions de la Commission d'accès à l'information l'ayant interprétée pourraient être utilisées par analogie. Fort de cette observation, nous tenons à reproduire les propos de la Commission d'accès à l'information sur le choix du médecin²³⁴ :

Sur ces questions, il appert de diverses lois que, lorsque le législateur entend priver la personne de son droit de choisir le médecin examinateur, il le dit expressément, ce qui n'est pas manifestement le cas pour l'article 2438 C.c.Q.²³⁵ .

La décision X. c. *Assurance-vie Desjardins*²³⁶ est au même effet; elle soulève même la légalité de la clause de la police d'assurance exigeant l'examen médical par un médecin expert imposé par l'assureur, au risque de perdre le bénéfice des indemnités. L'assurée voulait savoir ce sur quoi l'entreprise s'était fondée pour mettre fin aux prestations d'invalidité. Elle a fait face à un refus de

²³⁴ *Ibid.*, à la p. 269.

²³⁵ La Commission cite les dispositions législatives suivantes. Article 399, 399.1 et 399.2 du C.p.c. ; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, article 209 et 210 ; *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1, articles 81 et 86 ; *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2, article 73, 81 et 120 ; *Code des professions*, L.R.Q., c.C-26 , articles 48, 49, 50, 51 et 52 ; *Loi sur les courses* [auparavant *Loi sur les courses de chevaux*] (L.R.Q., c. C-72.1), art. 67 et 103; *Loi de police* (L.R.Q., c. P-13), art. 3 et 6.1; *Loi sur la sécurité du revenu* (L.R.Q., c. S-3.1.1), art.64.

²³⁶ [1994] C.A.I. 245.

l'assureur. Les dispositions du C.c.Q. pertinentes sont les suivantes :

Art. 2414. Toute clause d'un contrat d'assurance terrestre qui accorde au preneur, à l'assuré, à l'adhérent, au bénéficiaire ou au titulaire du contrat moins de droits que les dispositions du présent chapitre est nulle.

Est également nulle la stipulation qui déroge aux règles relatives à l'intérêt d'assurance ou, en matière d'assurance de responsabilité, à celles protégeant les droits du tiers lésé.

Art. 2438. L'assuré doit se soumettre à un examen médical, lorsque l'assureur est justifié de le demander en raison de la nature de l'invalidité.

La Commission "met en doute la légitimité de l'intérêt invoqué par l'entreprise pour justifier son refus d'accès." Elle s'exprime ainsi à la p. 249 de la décision :

En bref, le droit de l'assureur, prévu au contrat d'assurance, d'exiger "en tout temps", que l'assuré "soit examiné par un médecin désigné par l'assureur" m'apparaît fort différent de l'obligation faite à l'assuré, aux termes de l'article 2438 C.C.Q., de "se soumettre à un examen médical, lorsque l'assureur est justifié de le demander en raison de la nature de l'invalidité".

Sur la question précise du choix du médecin examinateur, il appert de diverses lois que, lorsque le législateur entend priver la personne de son droit de choisir le médecin examinateur, il le dit expressément, ce qui n'est manifestement pas le cas pour l'article 2438 C.C.Q.²³⁷.

²³⁷La Commission cite diverses lois. Voir *supra*, note 235.

Il faudrait conclure qu'en signant la police d'assurance-vie ou invalidité, qui exige que l'assuré se soumette à un examen médical effectué par un médecin choisi par l'employeur, il renonce par là à exercer le droit de choisir le professionnel de son choix. Étant donné les exigences du droit civil envers la renonciation qui doit être faite d'une manière expresse et explicite, nous soumettons que cette clause ne constitue pas une renonciation valide de la part de l'assuré à son droit de choisir son médecin. De toute façon, la plupart des polices ne contiennent pas de clause exigeant que ce soit le médecin de l'assureur choisi par eux qui fait passer les tests. Advenant le cas où une clause se libellerait de manière à constituer une véritable renonciation, il n'en demeure pas moins que les tribunaux pourraient encore se baser sur l'ordre public judiciaire, pour juger cette clause contre l'ordre public. Comme l'a affirmé la Cour d'appel dans la décision *Godbout c. Longueuil (Ville de)*²³⁸ :

L'ordre public québécois ne se résume pas seulement aux valeurs protégées par les Chartes ou par la législation ordinaire. En d'autres termes, cette notion n'est pas uniquement constituée d'un corpus législatif et ce n'est donc pas au seul législateur qu'il revient d'en définir le contenu (art. 9, 1373, 1413 C.c.Q.).

L'ordre public est aussi judiciaire dans sa détermination. Les tribunaux ont le devoir de le sanctionner et de le modeler en prenant en compte les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution. On consultera à cet égard la récente opinion

²³⁸[1995] R.J.Q. 2561 (C.A.) à la p. 25.

de mon collègue, M. le juge Gendreau, dans la *Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73. La jurisprudence fournit de nombreux exemples de ce processus créatif.

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer la légalité d'une clause obligeant un employé municipal d'établir sa résidence à l'intérieur des frontières de son employeur. La Cour d'appel est d'avis que cette clause est restrictive de liberté. Le contrat faisant la loi des parties, ces dernières peuvent renoncer à l'exercice de cette liberté. Fondamentalement, la Cour d'appel établit qu'une telle clause ne peut être contraire à l'ordre public que dans la mesure où l'absence d'une possible justification fondée sur la protection d'intérêts sociaux ou économiques réels et légitimes de l'employeur est démontrée.

Nous soumettons que cette affirmation pourrait s'appliquer au choix du médecin expert par l'assureur imposé à l'assuré. Ici, il s'agit de l'intégrité physique de l'assuré et plus particulièrement de la vie privée de la personne en tant qu'individu. Le libre choix du professionnel fait l'objet d'une plus grande reconnaissance dans la *Loi sur la santé et les services sociaux* par exemple, qu'en matière d'emploi ou d'assurance.

III.2.2. LA LÉGITIMITÉ DU DROIT AU CHOIX DU MÉDECIN QUI EFFECTUE L'EXAMEN MÉDICAL

L'assureur n'est pas qu'administrateur, il est également gestionnaire. Sur ce point, il est appelé à modifier ses comportements de gestion afin de s'adapter aux nouveaux enjeux que représente le SIDA. Trop souvent, l'assureur ne s'occupe que des enjeux économiques et des aspects juridiques, en oubliant les problèmes sociaux et éthiques.

Le droit de choisir le professionnel de la santé qui effectuera l'examen médical ou du moins la possibilité pour le candidat de le subir à l'intérieur du système de santé public ne trouve pas que des assises juridiques. Le principe directeur du fondement de cette légitimité demeure le respect du candidat en tant qu'individu, ce fait se répercutant directement ou indirectement sur toute la société.

Observant la justification des procédés utilisés par l'assureur en regard des buts poursuivis, et analysant son approche selon des considérations sociales et individuelles, il apparaît que ce droit est légitime. La section suivante traitera de ces deux grandes lignes, en suggérant plus précisément une modification de la gestion faite par l'assureur, au niveau de l'examen médical. Nous discuterons également de la protection de la vie privée, concrétisée par la confidentialité accrue vis-à-vis des résultats des tests, et nous traitons de l'importance du "counseling" comme constituante de l'obligation d'information de l'assureur.

**a) La justification des procédés en rapport avec le but
poursuivi par l'assureur**

L'application de cette suggestion implique de la part des assureurs un changement dans le processus de sélection des risques. Bien entendu, des ententes devraient être faites avec le personnel médical sur le contenu de l'examen médical et, pour le propos qui nous intéresse, sur la manière de procéder aux tests de dépistage du VIH. Bien que les lignes directrices de l'ACCAP ne présentent pas cette proposition explicitement, la ligne directive numéro 2 semble entrouvrir la porte à une collaboration possible avec les professionnels de la santé. Voici ce qu'elle énonce:

2. Personnel médical et paramédical
Les sociétés membres devraient prendre les mesures appropriées pour mettre au courant les médecins et le personnel paramédical appelés à effectuer des prélèvements de sang[,] des exigences et de la marche à suivre qu'elles ont adoptées relativement au SIDA en matière de sélection des risques.

À notre avis, cette ouverture se situe beaucoup plus au niveau de l'exécution pratique en tant que telle, que des recommandations à suivre afin de respecter l'assuré.

Nous présumons que l'opposition des assureurs-vie s'articulera autour du changement dans la gestion de leur pratique, en ce sens qu'ils vont avoir l'impression de perdre le contrôle sur l'examen médical requis, parce qu'ils ne seront plus l'employeur du médecin ou de l'infirmière qui l'effectuera, mais simplement un partenaire. C'est toute la question de la loyauté de l'employé, (le médecin-conseil ou

l'infirmière de l'assureur), envers son employeur, (la compagnie d'assurance), qui est mise en cause. La situation est identique dans le contexte de l'emploi. Les assureurs pourraient argumenter que le médecin choisi par l'assuré potentiel serait tenté de transmettre des résultats biaisés en faveur du patient qu'il examine. De plus, ils pourraient répondre aux assurés inquiets de la neutralité du médecin employé de l'assureur, que leur médecin-conseil doit respecter les articles 2.03.38, 2.03.49 et 2.03.50 du *Code de déontologie des médecins* et donc se montrer intègre et loyal vis-à-vis de l'assuré qui subit l'examen médical, et résister à toute influence d'un tiers qui ne serait pas dans l'intérêt de la personne dont le cas est évalué.

Les craintes des assureurs-vie au sujet de la loyauté du médecin qui effectuera l'examen médical peuvent être discutables, étant donné les obligations auxquelles le médecin doit satisfaire aux articles 2.03.31 par. d) et 2.03.40. de son *Code de déontologie*. En effet, pour répondre aux assureurs-vie qui mettraient en doute la fiabilité des résultats médicaux transmis par un médecin choisi par l'assuré, nous répondons que le médecin doit communiquer son rapport à celui qui l'a commandé²³⁹, l'assureur-vie, et le médecin doit s'abstenir de délivrer un certificat de complaisance ou des documents contenant de faux renseignements en vertu de l'article 2.03.40 de son *Code de déontologie*.

Si les compagnies d'assurance présentent l'argument de

²³⁹Art. 2.03.31 par.d.

l'intégrité de leur médecin-conseil pour rassurer leurs assurés, alors cet argument s'applique aussi bien à un médecin traitant à l'extérieur de la pratique de l'assurance. Autrement, il y a "deux poids, deux mesures".

Nous ne contestons nullement la neutralité du médecin-conseil de l'assureur ; au contraire, nous avons dit que tout médecin, quelle que soit la position qu'il occupe, doit être intègre. Nous militons plutôt en faveur de l'établissement d'une relation de confiance entre le médecin ou autre professionnel de la santé et le patient, laquelle, malheureusement, semble difficilement conciliable avec la pratique actuelle de l'assurance de personne.

Même si le médecin-conseil de l'assureur respecte le secret professionnel et la confidentialité aux fins de protéger le droit à la vie privée, il n'en demeure pas moins que les renseignements personnels et les données médicales sont conservés dans les dossiers de la compagnie d'assurances-vie ; comme nous l'avons souligné, les compagnies d'assurance font fi de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* en faisant signer à leurs assurés une formule de consentement très large, les autorisant à transmettre les informations détenues à un éventail d'organismes. De quelle confidentialité parlons-nous?

L'atteinte à l'intégrité corporelle de tout individu, dont l'assuré, requiert l'obtention d'un consentement libre et éclairé. L'assureur, comme on l'a vu, a une obligation d'informer adéquatement le futur assuré de la nature et des conséquences liées aux tests et investigations effectués.

En permettant à l'assuré de choisir d'aller passer l'examen médical à l'intérieur du système de santé existant, l'assureur remplirait plus aisément et surtout plus adéquatement son obligation d'information par l'intermédiaire du médecin ou de l'infirmière du réseau. La première étape, soit le "counseling pré-test" pour les tests de dépistage du VIH, serait accomplie au plus grand bien du candidat à l'assurance-vie. Présentement, la pratique actuelle de l'assurance l'ignore totalement, étant donné le nombre élevé de prélèvements que plusieurs assureurs confient en même temps à un seul professionnel de la santé. Le "counseling pré-test" est une étape capitale, qui, pour certains, se révélerait la première prise de conscience des conséquences d'un état séropositif. De plus, la divulgation des résultats des tests, en supposant qu'ils révèlent la présence du VIH, serait facilitée pour le médecin traitant et son patient. Ce qui compte pour l'individu infecté par le virus du SIDA, qu'il soit patient ou assuré potentiel, c'est qu'un suivi médical et psychologique véritables de son état de santé soient faits. Ainsi, un assuré potentiel ayant déjà eu une consultation médicale lors de l'étape du "counseling pré-test" sera moins désemparé devant une annonce malheureuse, et plus réceptif au "counseling post-test"; il sera plus déterminé à aller chercher les ressources pouvant l'aider. La pratique actuelle de l'assurance ne permet pas ce suivi, l'assuré étant seul et souvent mal informé avant de prendre ses décisions.

L'obligation d'information à laquelle est tenu l'assureur n'est pas banale; elle prend toute sa dimension

dans les conséquences entraînées chez la personne et dans la société.

b) Les considérations individuelles et sociales

1. La protection de la vie privée de l'assuré

Selon ce modèle, pour passer l'examen médical, l'assuré potentiel pourrait choisir son médecin de famille ou tout autre médecin en qui il a confiance, lorsque la compagnie d'assurances solliciterait une évaluation de son état de santé. Au moment de la communication des résultats des tests, en cas de séropositivité par exemple, le patient n'aurait qu'à dire simplement à l'agent ou au courtier d'assurance qu'il ne désire plus souscrire à leur police d'assurance, sans autre explication. Il est toujours possible qu'un doute subsiste dans l'esprit du représentant de la compagnie d'assurance, mais du moins, les véritables résultats des tests et analyses de sang ne seraient connus que du médecin choisi et son patient; aucune donnée ne serait inscrite ni conservée dans un dossier constitué par la compagnie d'assurance-vie.

De plus, la discrimination dont ces individus font l'objet serait d'autant plus diminuée.

2. Le "counseling" : constitutive de l'obligation d'information de l'assureur exigeant des tests de dépistage du VIH

En matière de tests de dépistage du VIH, l'obligation de suivre un patient, pour un médecin traitant du réseau de la santé, se traduit principalement par un service de suivi médical qui vise à retarder l'apparition du SIDA déclaré, et également par un suivi psychologique, le "counseling".

Les buts du "counseling" sont le support et l'éducation de la personne. Il se fait en deux étapes : le "counseling pré-test" ayant eu lieu avant le test du VIH et le "counseling post-test", se situant après le test. Au cours du "counseling pré-test", il est recommandé d'aborder les thèmes suivants : la définition du VIH et SIDA, les informations sur le test, la signification des résultats, les conséquences sociales et psychologiques, les modes de transmission, la motivation à subir le test. Quant au "counseling post-test", tout médecin annonçant un résultat positif devrait retenir notamment les principes suivants : il doit permettre au patient d'exprimer ses émotions et de réfléchir, assurer le secret professionnel, le conseiller sur des problèmes pratiques, évaluer le risque suicidaire, assurer un suivi clinique, assurer un support psychosocial²⁴⁰.

Il est bien évident que l'impact d'un résultat concernant la glycémie est différent d'un résultat sur la séropositivité. C'est pourquoi, le milieu médical et même

²⁴⁰Clément Olivier et Réjean Thomas, *Le SIDA : un nouveau défi médical*, *supra*, note 37, aux pp.34 et 35.

des auteurs écrivant en matière d'assurance²⁴¹, insistent sur l'importance du "counseling pré-test et post-test", qui consiste à préparer la personne psychologiquement à l'éventualité de la séropositivité, et à assurer par la suite, un suivi en lui apportant l'aide pertinente²⁴².

Ainsi, le consentement de l'assuré à une prise de sang ne peut être perçu comme un consentement général, impliquant automatiquement un test de dépistage du VIH, étant donné les conséquences personnelles, sociales et financières qu'entraîne un résultat séropositif. Le stress émotionnel vécu par l'individu et relié à l'annonce du résultat peut être très grave.

Socialement, le manque de prise de conscience de la part des assureurs, envers leur devoir d'information, peut entraîner des coûts importants. Même si une telle nouvelle était communiquée par le médecin traitant, le choc occasionné peut avoir des répercussions fatales, si l'assuré potentiel n'est pas préparé adéquatement. D'où l'importance d'obtenir un consentement libre et éclairé par un "counseling pré-test". C'est pourquoi, nous encourageons vivement les compagnies d'assurance de personnes à informer les assurés des tests, qui seront effectués lors de l'examen médical, incluant les tests de dépistage du VIH.

En plus de prendre leurs responsabilités vis-à-vis des

²⁴¹Arlene Zaremka, " HIV : Insurance, Employment, and Mandatory Testing Issues"(1988) 53 Mo. L. Rev. 679 aux pp. 689 et 690 ; William Flanagan, "AIDS-Related Risks in the Health Care Setting : HIV Testing of Health Care Workers and Patients", *supra*, note 80, aux pp. 75 à 80.

²⁴²Benjamin Schatz, "The AIDS Insurance Crisis: Underwriting or Overreaching?", *supra*, note 52, aux pp. 1799-1800.

individus, leur collaboration avec les professionnels du réseau de la santé pourrait s'avérer positive pour maintenir la crédibilité envers la profession médicale; une attitude harmonisée avec l'action en santé publique ne peut être que bénéfique et ses efforts ne se retrouveront que renforcés²⁴³. Pour les compagnies d'assurance-vie, cette approche ne présente pas d'avantages économiques directs et quantifiables, mais elle constituerait une prise de conscience d'un problème social réel.

Respecter la vie privée et le droit à l'inviolabilité de la personne, tout en permettant à l'assureur d'éliminer les risques reliés au VIH, voilà l'intérêt de cette proposition.

²⁴³ *Ibid.*, à la p. 1801.

CONCLUSION

Les droits à la vie privée, le droit à la confidentialité et le droit à l'inviolabilité de la personne sont des droits au coeur de la relation entre l'assureur et l'assuré. L'équilibre des forces entre les parties en présence relève presque de l'utopie.

L'intérêt de l'assureur réside principalement dans la détection du risque lié au VIH qu'il fait au moyen de questionnaires, de tests de dépistage et d'enquêtes, accumulant des renseignements personnels et médicaux sur l'assuré potentiel. Concernant l'assuré, la réflexion sur ses droits est déjà engagée ; cependant, si l'on pense à la protection des renseignements personnels, on se trouve à l'amorce d'une volonté du législateur de protéger leur confidentialité. Le "lobby" des grandes entreprises n'est pas sans dicter ses vues au Parlement.

Bien que le législateur et les tribunaux tentent de protéger l'assuré contre une trop grande intrusion des compagnies d'assurance dans la vie de l'assuré, il convient de fixer des balises plus claires à l'étendue de leur champ de recherche.

Quoiqu'en pensent les assureurs de personnes, les tests de dépistage du VIH se différencient des tests habituels effectués systématiquement à des fins d'évaluation de la condition médicale. À leurs yeux, l'utilisation des tests de dépistage semblent le seul moyen d'éviter les risques liés au VIH. Bien entendu, il s'agit ici d'un motif économique. Nous avons pris pour acquises la légalité et la légitimité de ces tests. Le traitement des renseignements

personnels et médicaux revêt à lui seul un élément important de la pratique de l'assurance. De nouvelles questions émergent concernant la protection de la confidentialité et du droit à la vie privée de la personne. Par exemple, la formule d'autorisation à la divulgation de renseignements personnels à nombre d'organismes privés et publics semble nébuleuse et trop générale. Les droits d'accès de l'assuré au dossier le concernant demeurent encore inconnus par la majorité de la population. Le bienfait économique justifie-t-il l'atteinte à la vie privée subie par l'assuré potentiel?

À notre avis, la balance des intérêts en présence penche en faveur du droit pour l'assuré, de choisir le médecin pour effectuer l'examen médical requis par l'assureur, considérant l'information adéquate que doit recevoir chaque assuré, le suivi fait dans le système de santé public et la confidentialité des renseignements médicaux protégée. C'est un bien petit compromis. La pratique de l'assurance peut s'améliorer afin de mieux respecter les droits de l'assuré.

Nous avons vu que le professionnel de la santé a un devoir d'information. Nécessairement, le choix par l'assuré d'aller dans le réseau de santé public, ou de choisir son médecin traitant, vient pallier aux lacunes relevées, à savoir, le manque d'information sur le test de dépistage du VIH et ses conséquences, le danger de bris de confidentialité et l'absence de service de "counseling" pour les assurés potentiels. Il ne faut pas minimiser le devoir d'information dans le contexte de l'assurance, puisque le choc engendré par la révélation d'un état de séropositivité

a le même effet destructeur sur la personne, qu'elle soit dans la position d'un assuré potentiel ou de celle d'un patient.

Nous sommes convaincus que le droit à la dignité et à la vie privée, prévu aux articles 4 et 5 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* appuie l'intérêt que nous portons au droit de l'assuré de choisir son médecin, pour l'examen médical exigé par l'assureur.

Nous croyons fermement que les compagnies d'assurance de personnes ont une responsabilité sociale vis-à-vis de cette terrible affection qu'est le SIDA. Le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion, signifiant que l'assuré se trouve plus vulnérable. L'équilibre des forces est quasi inexistant.

C'est pourquoi nous souhaitons une intervention du législateur pour affirmer le droit au choix de son médecin, relativement à l'examen médical requis par l'assureur, même si le caractère thérapeutique de l'examen médical et surtout des tests de dépistage fait défaut. Nous optons pour un juste équilibre des droits en présence. Nous souhaiterions une prise de position de la Commission des droits de la personne et la publication de recommandations en faveur du libre choix du médecin par l'assuré, pour l'évaluation de l'état de santé de l'assuré potentiel dans le contexte de l'assurance de personnes. Ce sont les conséquences graves d'un résultat séropositif qui motivent notre proposition.

Nous disons: " Les compagnies d'assurance de personnes peuvent utiliser les tests de dépistage du VIH si justifiés; cependant, ces compagnies d'assurances ne peuvent imposer

unilatéralement leur médecin-conseil aux assurés."

Comme la vie en société n'est pas immuable, la pratique des assurances est appelée, elle aussi, à évoluer selon les changements d'attitude qu'amène le syndrome du SIDA. Le SIDA commande une adaptation de tous et la pratique des assurances n'y fait pas exception...

BIBLIOGRAPHIE

I- LÉGISLATION

Lois:

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1.

Loi sur les assurances, L.R.Q., c. A-32.

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Charte des droits et libertés de la personne du Québec, L.R.Q., c. C-12.

Code civil du Québec.

Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., c. C-25.

Code des professions, L.R.Q., c. C-26.

Loi médicale, L.R.Q., c. M-9.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.Q. 1993, c. 17.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. S-4.2.

Règlement :

Code de déontologie des médecins, R.R.Q. 1981, c. M-9, r.4.

II- DOCTRINE

Monographies :

Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993.

Claude Belleau, *Droit des assurances, Recueil de textes*, Ste-Foy, Université Laval, 1973.

Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance terrestre*, t.1, Sherbrooke, SEM, 1989 .

Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance terrestre*, t.2, Sherbrooke, SEM, 1992 .

André Besson, *Les assurances terrestres de M. Picard et A. Besson, Le contrat d'assurance*, t. 1, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 1982.

Code civil du Québec: Commentaires du ministre de la justice, Montréal, Publications Dacfo, 1993.

Patrice Deslauriers, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 188 p.

Jean-Luc Fagnart, *Le sida: un défi aux droits*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

M. Gunderson, D.J. Mayo et F.S. Rhame, *AIDS: Testing and Privacy*, United States of America, University of Utah Press, 1989.

René Laperrière, "La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (L.Q. 1993, c. 17) : Commentaire et guide d'interprétation" dans René Côté et René Laperrière, *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 141.

Didier Lluelles, *Droit des assurances : aspects contractuels*, 2e éd., Montréal, Thémis, 1986.

Luc Montagnier et Saad Khoury, *Institut Pasteur, SIDA : les faits, l'espoir*, Paris, 10ème éd., Med-Édition, 1996.

Clément Olivier et Réjean Thomas, *Le SIDA : un nouveau défi médical*, Département de santé communautaire, Cité de la santé, Laval, 1989, 100 pp.

Lorne Elkin Rozonovsky, *AIDS and Canadian Law*, Vancouver, Butterworths, 1992.

Mark Scherzer, *Lambda Legal Defense and Education*, N.-Y., 1987.

Thierry Vansweevelt, *Le sida et le droit: une étude de droit de la responsabilité et de droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

Périodiques :

Jean-Guy Bergeron, "Le droit des assurances et l'entreprise" (1983) 14 R.D.U.S. 162.

Jean-Marie Bouchard, "Les pouvoirs publics et le SIDA : Le point de vue de l'Inspecteur général des Institutions financières" (1988) 3 Assurances 343.

Marie-Philippe Bouchard, "La Loi sur l'accès québécoise : principes, structure et recours à la lumière des législations d'autres juridictions provinciales", dans *Développements récents en droit de l'accès à l'information* (1991), Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, Montréal, 1991, 3.

Richard Boyer et als, "Sondage auprès des participants au congrès "Le SIDA: comment être à la hauteur du défi ?" (1992) 32 :1 Bull. Corp. prof. médecins 12.

Dominique Cadieux et Claude D'Aoust, "Le SIDA en milieu de travail" (1989) 49:5 R. du B. 769.

Madeleine Caron, "Le SIDA, les assurances de personnes et le droit : Un premier point de vue juridique" (1988) 3 Assurances 358.

Fred H. Cate et Barbara A. Gill, "The Patient Self-Determination Act: Implementation Issues and Opportunities" (1992) 6:1 The Health Lawyer 21.

Gerald D. Chipeur, "Blood Testing without Consent: The Right to Privacy versus the Right to Know (Part I)" (1993) 12 Med. Law 521.

Gerald D. Chipeur, "Blood Testing without Consent : The Right to Privacy versus the Right to Know (Part 2)" (1994) 13 Med. Law 55.

Karen A. Clifford et Russel P. Iuculano, "AIDS and Insurance: The Rationale for AIDS-Related Testing" (1987) 100 Harv. L. Rev. 1806.

David Coburn, "Individual and Community Rights in Anonymous Unlinked HIV Seroprevalence Research: A Response to Dr. Emson" (1992) 12 Health L. Can. 97.

Lyyette Doré, "Panorama de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection des renseignements personnels" dans *Développements récents en droit de l'accès à l'information 1991*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1991, 27.

Léo Ducharme, "Le secret médical et l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*" (1984) 44 R. du B. 955.

Dr. H. E. Emson, "The Ethics and Legality of HIV Prevalence Studies: A Contrary View" (1992) 12 Health L. Can. 95.

William F. Flanagan, "Equality for People with AIDS: Mandatory Reporting of HIV Infection and Contact Tracing" (1989) 34 McGill L. J. 530.

William F. Flanagan, "AIDS- Related Risks in the Health Care Setting: HIV Testing of Health Care Workers and Patients" (1993) 18 Queen's Law J. 71.

Melissa Gillespie, "AIDS: Detection and Control" (1989) 47 Toronto Fac. of Law Rev. 354.

P. Glenn, "Le droit du respect de la vie privée" (1979) 39 R. du B. 879.

Groupe d'étude canadien sur l'examen médical périodique, "L'examen médical périodique, mise à jour 1992 : Le dépistage des anticorps anti-VIH" sept./oct. 1993, L'Union médicale du Canada 322.

Harry Grantham, "Le SIDA et son assurabilité : quelques considérations éthiques" (1988) Assurances 383.

Hélène Guay, Bartha Knoppers et Isabelle Panisset, "La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi" (1992) 52 R. du B. 185.

Suzie Guillemette, "Le sida : son assurabilité" (1992) 6 R.J.E.U.L. 69.

Julie Hamblin et Margaret A. Somerville, "Surveillance and Reporting of HIV Infection and AIDS in Canada: Ethics and Law" (1991) 41 University of Toronto Law Journal 224.

Edward E., Hollowell et James E., Eldridge, " AIDS and The Insurance Industry : The Debate within the Debate" (1989) 10:1 The Journal of Leg. Med. 77.

John Howard, "HIV Screening: Scientific, Ethical, and Legal Issues" (1988) 9 The J. of Leg. Med. 601.

Bartha Knoppers, "Confidentiality and Accessibility of Medical Information : a Comparative Analysis" (1982) 12 R.D.U.S. 394.

Loretta M. Kopelman, "Informed Consent and Anonymous Tissue Samples: The Case of HIV Seroprevalence Studies" (1994) 19 The Journal of Med. and Phil. 525.

Danielle Lapointe Racette, "Tests de dépistage du SIDA chez les médecins et les patients: du pour et du contre" (1992) 32:1 Bull. corp. prof. médecins 8.

Danielle Lapointe Racette, " Sida: le défi éthique" (1992) 32:1 Bull. corp. prof. médecins 10.

Louis Leclerc et Laurent Lesage, "Les examens médicaux et les tests de dépistage en milieu de travail" dans *Congrès annuel du Barreau du Québec 1992*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Montréal, 1992, 1103.

Didier Lluelles, "La portée du questionnaire sur le principe de déclaration spontanée, à la lumière du droit comparé des assurances terrestres" (1988) 67 R. du B. can. 258.

Me Véronique L. Marleau, "L'imposition de tests de dépistage du SIDA aux médecins oeuvrant en milieu hospitalier : quand la légalité procède de l'éthique" (1992) 32:1 Bull.corp. médecins 16.

Didier Lluelles, "La portée du questionnaire sur le principe de déclaration spontanée, à la lumière du droit comparé des assurances terrestres" (1988) 67 R. du B. can. 258.

P. Molinari et P. Trudel, *Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications*, dans "Application des Chartes des droits et libertés en matières civiles", Cowansville, Yvon Blais, 1988, 197.

Rémi Moreau, numéro spécial sur le SIDA, (1988-89) 56:3 Assurances 335.

Els TM Olsthoorn-Heim, "AIDS : HIV Testing and Private Insurance" (1993) 12 Med. Law 11.

Danielle Parent, "La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé : une jurisprudence naissante", dans *Congrès du Barreau du Québec 1995*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Montréal, 31.

Luc Plamondon, "Le SIDA, les assurances de personnes et le droit : un second point de vue juridique" (1988) 3 Assurances 370.

Jacques Ross, "Le SIDA et les assureurs : le point de vue d'un assureur" (1988) Assurances 409.

Jacques A. Ross, "Point de vue actuariel sur le sida" (1988) 4 Assurances 549

Gilbert Sharpe, "The Ethics and Legality of HIV Seroprevalence Studies" (1992) 12 Health L. Can. 102.

Benjamin Schatz, "The AIDS Insurance Crisis: Underwriting or Overreaching?" (1987) 100 Harv. L. Rev. 1782.

F.-X. jr Simard, "Le droit des assurances terrestres depuis 1976 (articles 2468 à 2605 C.c.B.-C.)", Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, 53.

"Sondage auprès des participants au congrès "Le SIDA: comment être à la hauteur du défi?" (1992) 32:1 Bull. corp. médecins 12.

Anne Stewart, Allen Soltan et Kim, Thorne, "Acquired Immunodeficiency Syndrome-"AIDS": The Legal Issues are also frightening" (1988) 46:1 The Advocate 49.

Sandra Elizabeth Stone, " HIV Testing and Insurance Applicants: Exploring Constitutional Alternatives to Statutory Protections" (1992) 19 Hastings Const. L. Quart. 1163.

N.V., "Non au dépistage obligatoire, oui à l'éducation universelle!" (1992) 10:2 Artère 14.

Elaine Wang, " Le dépistage des anticorps anti-VIH" Groupe d'étude canadien sur l'examen médical périodique, (1993) sept./oct. L'union médicale du Canada 322-332.

Arlene Zarembka, " HIV : Insurance, Employment, and Mandatory Testing Issues" (1988) 53 Mo. L. Rev. 679.

Rapports, avis et statistiques :

Commission des droits et libertés de la personne du Québec, *Échange de renseignements entre compagnies d'assurance-vie et violation de la vie privée*, document adopté par la Commission, résolution COM-93-9.1.11, 11 janvier 1980 [non publié].

Commission des droits et libertés de la personne du Québec, *Le sida et le respect des droits et libertés de la personne* par Daniel Carpentier, 29 avril 1988.

Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, Centre québécois de coordination sur le sida, (Programme de formation sur le sida) Bibliothèque nationale du Québec, 3e trimestre 1991.

Québec, Ministère de la santé et des services sociaux du Québec, *VIH et SIDA : Rapport d'étude sur les aspects éthiques et juridiques*, (Groupe de travail sur le SIDA) par David J. Roy, coordonnateur, 9 sept. 1988.

Ontario Law Reform Commission, *Report on Testing for AIDS*, (1992) 72 Rev. Bar. can. 265-272 ; Ontario Law Reform Commission, *Report on Testing for AIDS*, Toronto, 1992.

Santé Canada, *Le sida au Canada : mise à jour trimestrielle de la surveillance*, Division de la surveillance du VIH/sida, Bureau du VIH/sida et des MTS, LLCM, DGPS, Santé Canada, août 1997.

Statistique Canada, *Le sida dans les années 90* par Carol Strike, Tendances sociales canadiennes, hiver 1991, 22.

Articles de journaux :

Isabelle Paré, "La trithérapie a gagné ses lettres de noblesse : Les essais comparatifs avec les traitements traditionnels ne sont plus nécessaires" *Le Devoir [de Montréal]* (26 février 1997).

Claude Turcotte, "La Bourse ou la mort : le sida a donné naissance à un nouveau type d'institutions financières" *Le Devoir [de Montréal]* (25 janvier 1997).

III- JURISPRUDENCE

Assurance-vie Desjardins Laurentienne inc. c. Morin-Gauthier (le 23 septembre 1997) Montréal 500-02-016602-943, J.E. 97-1950 (C.Q.).

Comité-médecins-5 [1983] D.D.C.P. 94.

Godbout c. Ville de Longueuil, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.).

Gosset Augustus c., [1996] R.C.S. 268; R.R.A. 915 (rés.); J.E. 96-1925.

Marielle Gauthier-Morin c. Assurance-Vie Desjardins, [1994] C.A.I. 226.

Hamel c. Malaxos, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.).

Harris c. Aéroports de Montréal, C.A.I., dossier 94 02 58, Mme la commissaire Laurie Miller, 9 septembre 1994.

Impériale (L'), Cie d'assurance-vie c. Succession de Roy, [1990] R.J.Q. 2468 (C.A.).

Industrielle (L'), Cie d'ass. sur la vie c. Bourque, (1986) R.R.A. 676 (C.S.); confirmée en appel, R.R.A. 449 (C.A.)

Jeanty c. Labrecque, [1978] C.S. 463.

John A. v. Canada Assurance Life Co., (1989) 35 C.P.C.(2d) 6 (H.C.J. Ontario), M. le juge Granger.

Lavoie c. Cie d'assurance-vie de Montréal, (1989) R.R.A. 402 (C.A.).

Leclair c. Houle (le 5 janvier 1995), Trois-Rivières 400-05-000280-926, J.E. 315-924 (C.S.).

McInerney c. MacDonald, [1992] 2 R.C.S. 138.

Médecins (Corp. professionnelle des) c. Miriam Beaubien, [1991] D.D.C.P. 85.

Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie c. Frenette, [1990] R.J.Q. 62 (C.A.) ; *Frenette c. Métropolitaine (La)*, [1992] 1 R.C.S. 647.

Norberg c. Wynrib, [1992] R.R.A. 668 (C.S.C.).

Personnelle-vie (La), corp. d'assurances c. Cour du Québec, [1997] R.J.Q. 2296 (C.S.).

Pichette c. S.S.Q.-Vie, [1995] C.A.I. 4.

Québec(Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1994] R.J.Q. (C.A.); (le 3 octobre 1996) C.S.C. 24511 [1996] ; J.E. 96-2256; D.T.E. 96T-1257;

Reibl c. Hugues, (1980) 114 D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.).

Robitaille c. Cie d'assurance C.N.A., J.E. 79-565 (C.S.).

Royal Ins. Cy Ltd. c. Gauthier, (1964) B.R. 861.

Stébenne c. Assurance-Vie Desjardins, CAI, dossier 94 03 66, M. le commissaire Paul-André Comeau, 16 décembre 1994.

Taxi Newman Lafleur c. Cie d'assurances Provinces Unies, (le 16 décembre 1992), 500-09-000266-916 Montréal (C.A.).

Tribunal-médecins-1, [1990] D.D.C.P. 340.

Valiquette c. Gazette (The), [1991] R.R.A. 327 (C.S.)

X. c. Assurance-Vie Desjardins, [1994] C.A.I. 245.

X. c. Banque Royale du Canada, [1995] C.A.I. 371. (Rapport d'enquête).

X. c. Centre médical Boucherville, [1995] C.A.I. 360.

X. c. Compagnie d'assurance-vie Pennsylvanie, C.A.I. 94 1474, déc. 1994 (Rapport d'enquête).

X. c. Dow Chemical Canada Inc., [1994] C.A.I. 205.

X. c. H.B. Gestion d'assurance collective Ltée, C.A.I. 94 14 82, janv. 1995 (Rapport d'enquête).

X. c. Les services de santé du Québec, [1994] C.A.I. 263.

X. c. Personnelle-vie (La), C.A.I. Mtl 95 13 02, M. Michel Laporte, commissaire, A.I.E. 96 AC-8.